

Kan arbeidsgiver innhente opplysninger om arbeidssøkeres røykevaner i ansettelsesprosessen?

– en vurdering av arbeidsmiljøloven §§ 9-3 og 13-4.

Kandidatnummer: 442

Veileder: Kjetil Edvardsen

Leveringsfrist: 25. April 2006

Til sammen 15975 ord

24.04.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling og avgrensing	1
1.2	Terminologi og begrepsavklaring	4
1.2.1	Ansettelsesprosessen	4
1.2.2	Arbeidsgiver og arbeidssøker	4
1.2.3	Arbeidsgiverens styringsrett	6
1.3	Relevante rettskilder	8
1.3.1	Arbeidsmiljøloven med tilhørende forarbeider	9
1.3.2	Andre nasjonale og internasjonale rettskilder	10
1.3.3	Rettspraksis og rettskildeproblemer ved rettsspørsmålet	11
1.4	Videre fremstilling	12
<u>2</u>	<u>ER UTESTENGELSE AV TOBAKKSRØYKERE DISKRIMINERING?</u>	<u>13</u>
2.1	Arbeidsmiljøloven § 13-4 – innhenting av opplysninger ved ansettelse	13
2.2	Beskyttes tobakksrøykere av ”allmenne saklighetsnormer”?	19
2.2.1	Innledende bemerkninger	19
2.2.2	Omfatter saklighetsnormene ansettelsesprosessen?	21
2.2.3	Er det saklig å tillegge røykevaner betydning ved ansettelse?	24
2.3	Konklusjon	26

<u>3</u>	<u>ER RØYKEVANER EN HELSEOPPLYSNING ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN?</u>	<u>28</u>
3.1	Arbeidsmiljøloven § 9-3 – innhenting av opplysninger ved ansettelsen	28
3.2	Helseopplysningsbegrepet	31
3.2.1	Helseregisterlovens helseopplysningsbegrep	35
3.2.2	Er røykevaner en del av helseopplysningsbegrepet?	37
3.3	Nødvendigheten av informasjon om røykevanene	40
3.3.1	Innledende bemerkninger	40
3.3.2	Hovedhensyn ved vurderingen av behovet for kunnskap	42
3.4	Konklusjon	48
<u>4</u>	<u>AVSLUTTENDE KOMMENTARER</u>	<u>50</u>
4.1	Oppsummering av gjeldende rett	50
4.2	Hva bør fremtiden bringe?	51
<u>5</u>	<u>LITTERATURLISTE OG KILDER</u>	<u>52</u>

1 Innledning

Temaet i denne oppgaven er hentet fra en aktuell problemstilling i arbeidslivet, nemlig arbeidsgiveres vektlegging av arbeidstakeres røykevaner. I utlysninger etter nye arbeidstakere synes det å bli mer vanlig at arbeidsgivere fremsetter krav om at aktuelle kandidater må være røykfrie. Samtidig viser statistikk fra SSB at så mange som 25 % i alderen 16-74 år røyker daglig.¹ I tillegg opplyser 11 % at de er såkalte av-og-til-røykere. Ved en stadig utbredelse av ønsket om å ansette røykfrie arbeidstakere, kan konsekvensen bli at en høy andel av arbeidsstyrken blir utestengt fra arbeidslivet.

Formålet med den videre fremstillingen blir på bakgrunn av dette å undersøke på hvilken måte og i hvilken grad eksisterende lovgivning regulerer – eller kan brukes til å regulere – den praksis arbeidsgivere er i ferd med å utvikle i samband med utlysning av ledige stillinger.

1.1 Problemstilling og avgrensning

Oppgavens hovedproblemstilling er hvorvidt arbeidsgivere kan innhente opplysninger om arbeidssøkeres røykevaner i ansettelsesprosessen. Av hensyn til oppgavens omfang skal det kun foretas en analyse av temaet med utgangspunkt i to bestemmelser hentet fra lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern av 17. juni 2005 nr. 62 (heretter arbeidsmiljøloven eller aml.).²

For det første skal det undersøkes om bestemmelsen som oppstiller rettslige begrensninger i arbeidsmiljølovens diskrimineringskapittel ved innhenting av opplysninger i ansettelsesprosessen, inneholder et vern mot at arbeidsgiveren kan velge å

¹ <http://www.ssb.no/emner/03/01/royk/>

² Arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 trådte i kraft 1. januar 2006 med enkelte unntak, jfr. aml. § 20-1. Den erstattet arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 nr. 4 med senere endringer.

ikke vurdere arbeidssøkere utelukkende på grunnlag av røykevaner. Det vil i forhold til denne innfallsvinkelen være aml. § 13-4 som er utgangspunkt for redegjørelsen. I forlengelsen av dette blir det et særskilt spørsmål om arbeidsgiverens mulighet også er begrenset av ulovfestede allmenne saklighetsnormer. For det andre skal det undersøkes om innhenting av røykevaner kan ansees som innhenting av helseopplysninger. I denne sammenhengen skal det foretas en analyse av arbeidsmiljøloven § 9-3. Bestemmelsen begrenser arbeidsgiverens mulighet til å innhente helseopplysninger ved ansettelse av nye arbeidstakere.

Fremstillingens tema avgrenses ytterligere. *For det første* vil redegjørelsen kun omfatte *arbeidssøkeres* rettsstilling. Allerede ansatte arbeidstakere og den kontroll arbeidsgiveren kan foreta overfor disse, behandles ikke. For helhetens skyld understrekes at arbeidsgiverens mulighet til å regulere tobakksrøyking i arbeidstiden og på arbeidsstedet heller ikke vil bli gjort rede for.³ *For det andre* avgrenses virkeområdet til utelukkende å omfatte private arbeidsgiveres ansettelsesprosess. Arbeidsmiljølovens regler omfatter riktignok ”enhver virksomhet som sysselsetter arbeidstakere”, jfr. aml. § 1-2. Både private og offentlige arbeidsgivere er ut fra dette bundet av de rettsregler som utledes av loven. Avgrensningen foretas likevel fordi det i juridisk litteratur er enighet om at det foreligger ulike krav til ansettelsesprosessen avhengig av om arbeidsgiveren er en offentlig eller privat virksomhet.⁴ Offentlige arbeidsgivere er blant annet bundet av forvaltningslovens saklighetsprinsipp og det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet.⁵ Når

³ Det kan nevnes at det er funnet noe uenighet i den juridiske litteratur vedrørende arbeidsgivers rett til å nekte arbeidstakere å røyke tobakk i arbeidstiden. Henning Jakhelln hevder i ”Oversikt over arbeidsretten”, side 49, at det er tvilsomt om arbeidsgiveren kan nekte arbeidstakere å røyke, men legger til at det kan være ”spesielle og tungveiende forhold som gjør seg gjeldende”. Asbjørn Kjønstad på sin side, hevder i ”Er det en menneskerett å røyke tobakk?”, Kritisk juss (2004), side 196, at ”arbeidsgiveren må kunne forby røyking i arbeidstiden...”.

⁴ ”Forvaltningsretten, herunder læren om myndighetsmisbruk, medfører ... at rettsstillingen i offentlig sektor ikke i alle relasjoner er fullt ut sammenfallende med rettsstillingen i private arbeidsforhold”, jfr. Ot.prp. nr 49 (2004-2005) om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. side 140.

⁵ Se blant annet NOU 2003: 2. Skjerpet vern mot diskriminering (kapittel 7.3.1) side 22, jfr. Smith (1981) side 275 flg.

fokus rettes mot private arbeidsgivere, vil de implikasjoner disse normene eventuelt har for arbeidsgiverens mulighet til å utestenge tobakksrøykere, ikke omfattes av fremstillingen. *For det tredje* vil det i redegjørelsen ikke bli tatt hensyn til den kollektive arbeidsrett. Således vil det ikke bli vurdert hvorvidt organisasjoner i kraft av tariffavtaler kan fravike bestemmelsene som er gjenstand for behandling i denne oppgaven, det vil si aml. §§ 9-3 og 13-4. Dette fordi slike fravik som den klare hovedregel må ansees utelukket etter arbeidsmiljølovens ufravikelighetsbestemmelse, jfr. aml. § 1-9. *For det fjerde* vil det ikke bli foretatt en grundig gjennomgang av internasjonale konvensjoner, slik som den Europeiske menneskerettighetskonvensjon, den Europeiske Sosialpakt, ILO-konvensjonene m.m. Konvensjonene gjør seg likevel gjeldende som rettskildefaktorer ved den nærmere presiseringen av arbeidsmiljølovens regler. Avgrensningen foretas fordi det ikke vil være formålstjenlig ved behandlingen av problemstillingen som drøftes her, å innfortolke et vern etter disse konvensjonene om at arbeidsgiveren ikke kan vektlegge og innhente opplysninger om røykevaner ved ansettelse. Etter Kjønsstad (2004) sin mening er det ikke mulig å ”oppstille et generelt prinsipp om at det er en menneskerett å røyke tobakk”, og i tilfelle det skulle være det, er det i så fall ”en svak rettighet”.⁶ *For det femte* er det de materielle reglene som skal behandles i denne fremstillingen. Som det fremgår av arbeidsmiljølovens prosessuelle bestemmelser, kan ikke private arbeidsgivere dømmes til å ansette bestemte arbeidstakere, men kan bli erstatningsansvarlig som følge av brudd på arbeidsmiljølovens regler.⁷

Til slutt kan det nevnes at det heller ikke vil bli foretatt en nærmere presisering av hva det innebærer å ha en røykevane. Om en person røyker 10 eller flere sigaretter daglig kan man nok si at vedkommende har en røykevane av en viss betydning. Det er langt mer usikkert om det å røyke ved ”festlige anledninger” kan betegnes som en røykevane i forhold til vilkårsetting om røykfrihet i arbeidslivet. Dette spørsmålet vil ikke bli forsøkt

⁶ Kjønsstad (2004) side 197.

⁷ Som et eksempel på dette kan det henvises til aml. § 13-9. Bestemmelsen medfører at personer som er utsatt for diskriminering etter kapittel 13 i arbeidsmiljøloven, ”kan kreve oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld”. Det er imidlertid klart at bestemmelsen ikke innfører noen rett til ansettelse.

besvart her, men er åpenlyst en problematikk som arbeidsgiveren bør være seg bevisst, når han eller hun krever røykfrihet hos arbeidssøkere.

Hva betyr det når arbeidsgiveren forutsetter at arbeidssøkerne er ikke-røykere? Vil det si at de må være absolutt røykfrie, slik at også personer som røyker ved ”festlige anledninger” ikke er ønsket? Hva blir konsekvensen dersom arbeidssøkeren som blir ansatt, tilbakeholder informasjon om sine røykevaner, og det senere viser seg at det er lovlig å nekte ansettelse av røykere? Har arbeidsgiveren saklig grunn til å si opp arbeidsavtalen, når det kommer frem at arbeidstakeren røyker? Disse spørsmålene vil ikke bli nærmere belyst i den videre fremstillingen.

1.2 Terminologi og begrepsavklaring

Enkelte begrep fra den arbeidsrettslige terminologien som er sentrale i drøftelsen om arbeidsgiverens rett til å innhente opplysninger om arbeidssøkeres røykevaner, presenteres innledningsvis her.

1.2.1 Ansettelsesprosessen

Ansettelsesprosessen omfatter alt arbeidsgiveren foretar seg i tilknytning til ansettelse av nye arbeidstakere. Både utlysningsteksten, behandling av søknader, intervjuer av aktuelle kandidater og bruk av referanser m.m. er en del av prosessen. I forhold til problemstillingen og utgangspunktet for denne fremstillingen, er det spesielt utlysningsteksten som er sentral. Det er vanligvis her enkelte arbeidsgivere eksplisitt uttrykker at de ikke vil vurdere arbeidssøkere som røyker tobakk.

1.2.2 Arbeidsgiver og arbeidssøker

De to viktigste aktørene i ansettelsesprosessen er arbeidsgiveren og arbeidssøkeren. *Arbeidsgiver* defineres i arbeidsmiljøloven § 1-8 nummer 2 som den som ”*har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste*”. Som regel er det ikke vanskelig å avgjøre hvem som er arbeidsgiver. Det er den juridiske personen som eier og driver virksomheten. For større virksomheter vil dette i praksis si styret ved styreformannen, mens det i mindre virksomheter ofte er samme person som eier og er daglig leder for

virksomheten.⁸ Den juridiske personen er rettslig ansvarlig for at ansettelsesprosessen foretas i samsvar med gjeldende rett. I forhold til problemstillingen som behandles her, er det viktig å merke seg at arbeidsgiveren vil påføres ansvar også i de tilfeller der noen ”i arbeidsgiverens sted leder virksomheten”, jfr. aml. § 1-8 nr. 2, annen setning. Ved ansettelse av nye arbeidstakere vil det i praksis ofte være en annen enn den som rettslig utpekes som arbeidsgiver, som foretar ansettelsesprosessen.

Begrepet arbeidssøker defineres ikke i arbeidsmiljøloven, men det vil være naturlig å knytte det opp mot arbeidsmiljølovens arbeidstakerbegrep. I aml. § 1-8 nummer 1 defineres arbeidstaker som ”enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”. Dermed kan man si at en arbeidssøker er en person som ønsker å utføre arbeid i en annens tjeneste. Breisteinutvalget går nærmere inn på det faktiske innholdet av arbeidssøkerbegrepet.⁹ En *arbeidssøker* er ifølge utvalget en person som viser interesse for å ta arbeid som arbeidstaker i ny stilling hos arbeidsgiveren, og oppfyller stillingens generelle krav til utdanning mv. Også en person som allerede er arbeidstaker hos en arbeidsgiver, vil være arbeidssøker når vedkommende søker på ny stilling ved samme virksomhet.¹⁰ I forlengelsen av dette siste momentet i arbeidssøkerbegrepet kan det være på sin plass å kommentere lovbestemmelsen som oppstiller en fortrinnsrett for tidligere arbeidstakere. Det oppstilles i aml. § 14-2 en regel om at en ”arbeidstaker som er sagt opp på grunn av virksomhetens forhold har fortrinnsrett til ny ansettelse i samme virksomhet, med mindre det gjelder en stilling arbeidstakeren ikke er kvalifisert for”. I denne oppgaven vil det ikke foretas en særskilt drøftelse om en tidligere arbeidstaker, som har røykevaner, ”ikke er kvalifisert for” stillingen dersom arbeidsgiveren ikke ønsker å ansette personer som har røykevaner.

Det anses ikke som nødvendig å presisere eller avgrense begrepet arbeidssøker nærmere i denne fremstillingen. Det kan likevel nevnes at det ved presiseringen av arbeidssøkerbegrepet må foretas en behandling av problematikken som tilsvarer den som gjøres ved avgrensningen av

⁸ Jakhell (2004) side 32 flg.

⁹ NOU 2001: 4, Helseopplysninger i arbeidslivet. (kapittel 3.2.5.4) side 23.

¹⁰ NOU 2001: 4 (Kapittel 3.2.5.4) side 23.

arbeidstakerbegrepet. Rettspraksis på området viser at det ved denne vurderingen må foretas en helhetsvurdering, jfr. for eksempel Rt. 1990 s. 903. I forarbeidene til ny arbeidsmiljølov, NOU 2004: 5 side 154, er de viktigste momentene som må tas hensyn til i vurderingen, oppsummert. Som oppsummeringen viser, vil det viktigste momentet i vurderingen være om det søkes etter selvstendige oppdragstakere eller om det forsøkes etablert et ansettelsesforhold.

1.2.3 Arbeidsgiverens styringsrett

Et sentralt begrep i ansettelsesprosessen og etableringen av et arbeidsforhold er *arbeidsgiverens styringsrett*. I juridisk litteratur omtales styringsretten som ”arbeidsgiverens rett til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, samt retten til å inngå arbeidsavtaler og bringe dem til opphør”.¹¹ Styringsretten gir på bakgrunn av dette en rett til å treffe beslutninger om arbeidets gang og om hvem som skal være knyttet til virksomheten.¹²

Det kan diskuteres hvilken plass ”alminnelige kontraktsrettslige prinsipper” har på arbeidsrettens område.¹³ Et særskilt spørsmål som kan stilles på bakgrunn av denne diskusjonen, er om arbeidsgiverens rett til å inngå arbeidsavtaler utledes fra arbeidsgiverens generelle styringsrett eller ut fra alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. Skillet mellom disse prinsippene og arbeidsgiverens styringsrett er av teoretisk karakter og i denne fremstillingen legges det til grunn at arbeidsgiveren har rett til å inngå arbeidsavtaler med basis i den generelle styringsretten.¹⁴

Høyesterett har gitt begrepet styringsrett et tilsvarende innhold. I Rt. 2000 s. 1602, Nøkkdommen, uttales det således at ”arbeidsgivere har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet...”.

I utgangspunktet står arbeidsgiveren således fritt til å avgjøre om det skal ansettes nye arbeidstakere. Arbeidsgiveren avgjør også hvilke kvalifikasjonskrav og personlige

¹¹ Jakhell (2004) side 20.

¹² Fanebust (1997) side 97.

¹³ Evju (2003) side 3 flg.

¹⁴ Det kan legges til at forarbeidene til arbeidsmiljøloven heller ikke problematiserer dette spørsmålet, jfr. NOU 2004: 5, Arbeidslivslovutvalget.

egenskaper som er ønskelige, dersom virksomheten skal ansette nye arbeidstakere.¹⁵ Her er det viktig å merke seg at private arbeidsgivere heller ikke har noen plikt til å utlyse ledige stillinger eksternt.¹⁶

Den eneste plikt som arbeidsmiljøloven pålegger arbeidsgiveren er at arbeidstakere ved virksomheten skal informeres om ledige stillinger, jfr. aml. § 14-1. Rett til opplysning om ledig stilling gjelder i ”forhold til alle ansatte uaktet om den enkelte arbeidstaker er aktuell for den ledige stillingen eller ikke”.¹⁷ Når dette er nevnt, må det tilføyes at lov om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven) av 10. desember 2004 nr. 76, har en egen bestemmelse om arbeidsgiverens plikt til varsle Aetat om ledige stillinger. Etter arbeidsmarkedsloven § 7 skal arbeidsgiver ”straks melde om ledig stilling til Aetat”. På denne måten kan Aetat iverksette utlysning av stillingen. Meldeplikten bortfaller etter § 7, første ledd, annen setning, hvis arbeidsgiveren umiddelbart besetter stillingen. Dermed er det ikke noen absolutt regel som oppstilles i arbeidsmarkedsloven, og arbeidsgiveren står i realiteten fritt til å bestemme om stillingen skal utlyses eksternt.

På bakgrunn av det overstående kan det virke som om arbeidsgiverens styringsrett er absolutt. Dette er imidlertid ikke tilfelle. Den er begrenset av de ”rammer som følger av de arbeidsrettslige regler”.¹⁸ Typiske eksempler hvor arbeidsgiverens styringsrett er begrenset som en følge av arbeidsrettslige regler, er de rettsreglene som skal behandles i denne fremstillingen, arbeidsmiljøloven §§ 9-3 og 13-4. Dessuten uttaler Høyesterett i Rt. 2001 s. 418, Kårstø-dommen, at

”Styringsretten begrenses [...] også av mer allmenne saklighetsnormer. Utøvelsen av arbeidsgiverens styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må

¹⁵ Det ses i denne sammenheng bort fra de situasjonene hvor stillingen som arbeidssøkeren skal besette, er bundet av spesifikke kvalifikasjonskrav satt av lovgiveren. Typiske eksempler på dette er stillinger for helsepersonell, piloter, advokater m.fl. Se lov om helsepersonell mv. (helsepersonelloven) av 2. juli 1999 § 48, for et eksempel på kvalifikasjonskrav satt opp i lovgivningen.

¹⁶ Denne fremstillingen omhandler ikke den kollektive arbeidsretten, men det kan for helhetens skyld nevnes at det finnes tariffavtaler som har vedtatt bestemmelser som medfører at arbeidsgiveren er pliktig til å utlyse stillinger også eksternt, jfr. Jakhelln (2004) side 163.

¹⁷ Dege (2003) side 57.

¹⁸ Jakhelln (2004) side 20.

foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn.”

Hvilke saklighetsnormer som gjelder i forhold til arbeidsgiverens styringsrett, vil derimot kunne variere ut fra hvilken situasjon arbeidsgiveren benytter den i.¹⁹ Således kan man ikke uten videre legge til grunn at det er den samme saklighetsnorm som begrenser arbeidsgiverens styringsrett forut for inngåelsen av et arbeidsforhold, som ved et allerede etablert arbeidsforhold. En drøftelse av om det er lovlig å vektlegge røykevaner ved ansettelse av nye arbeidstakere må ta hensyn til dette (se nærmere om dette nedenfor under kapittel 2.2).

Det er nettopp i denne skjæringssonen oppgavens kjerne ligger – *mellom arbeidsgiverens rett til å avgjøre hvilke hensyn som skal tillegges vekt ved ansettelsen, og de begrensninger arbeidsmiljøloven og rettspraksis har for hvilke hensyn som kan vektlegges*. Før det redegjøres nærmere for dette, skal det kort gis et innblikk i de rettskildene som vil influere på den videre fremstillingen.

1.3 Relevante rettskilder

Arbeidslivet reguleres av et omfattende og sammensatt rettskildemateriale. Innenfor rammen av denne fremstillingen er det ikke formålstjenelig å gi et komplett bilde av rettskildesituasjonen.²⁰ Som nevnt er det arbeidsmiljøloven §§ 9-3 og 13-4 som skal undersøkes. Ved å avgrense fremstillingen til å omhandle disse bestemmelsene, blir arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 nr. 62 den primære kilden ved undersøkelsen av lovligheten i å tillegge røykevaner betydning ved ansettelse.

Samtidig er det nødvendig å ta hensyn til en rekke parallelle bestemmelser fra andre kilder ved den nærmere anvendelsen av arbeidsmiljølovens lovbestemmelser. Her vil andre nasjonale og internasjonale regelverk kunne virke inn, i tillegg til rettspraksis.

¹⁹ Dege (2003) side 51.

²⁰ Jakhell (2004) side 55 flg. fremstiller arbeidsrettens rettskilder mer generelt.

Disse parallelle regelverkene og rettspraksis blir rettskildefaktorer i den tolkningsprosess som må foretas ved vurderingen av om arbeidsgiverens styringsrett er begrenset av arbeidsmiljøloven §§ 9-3 og 13-4 vedrørende vektlegging og innhenting av opplysninger om røykevaner ved ansettelse. Her skal det gis en kort oversikt over kildene og hvilke særskilte problemer som reiser seg i tilknytning til anvendelsen av dem i forhold til rettsspørsmålet som redegjøres for i denne fremstillingen.

1.3.1 Arbeidsmiljøloven med tilhørende forarbeider

Arbeidsmiljøloven er den mest generelle og sentrale loven innenfor det man med en samlebetegnelse kaller arbeidsvernlovgivningen.²¹ Gjeldende arbeidsmiljølov trådte i kraft 1. januar 2006. Loven erstattet tidligere arbeidsmiljølov av 1977. Det kan være hensiktsmessig å gi enkelte kommentarer til tidligere arbeidsmiljølovgivning.

Hovedtrekkene ved loven av 1977 ble stående fra lovens vedtagelse til den ble opphevet ved ikrafttreddelsen av den nye arbeidsmiljøloven av 2005. Det ble imidlertid i løpet av lovens levetid foretatt over 40 større eller mindre endringer.²² Årsaken til at dette nevnes spesifikt, er at disse lovendringene har tilført arbeidsmiljøloven et omfattende forarbeidsmateriale. Samtidig er det klart at arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 nr. 62 i all hovedsak viderefører rettstilstanden som var gjeldende rett etter tidligere lovgivning på området. Prinsipielt sett må det altså foretas en grundig gjennomgang av en betydelig mengde materiale for å avklare de nærmere rettsreglene i forhold til hver enkelt lovbestemmelse. Men spesifikt i forhold til problematikken i denne oppgaven, er den gjeldende lovteksten og lovforarbeidene stilltiende om den nærmere vektlegging av røykevaner – og dens eventuelle relevans – ved ansettelse.

²¹ I tillegg til arbeidsmiljøloven vil flere andre lover virke inn på reguleringen mellom partene i arbeidslivet. Således vil ferieloven, likestillingsloven, folketrygdloven med flere ha innvirkning. I forhold til rettsspørsmålet som søkes besvart i denne fremstillingen, vil det ikke være nødvendig å redegjøre nærmere for de rettsregler som utledes av disse lovene.

²² NOU 2004: 5 (Kapittel 3.3) side 40.

1.3.2 Andre nasjonale og internasjonale rettskilder

I forhold til andre rettskilder som vil virke inn på rettsanvendelsen, er det viktig å skille mellom de to ulike hovedbestemmelsene som behandles her, aml. §§ 9-3 og 13-4. Arbeidsmiljøloven vil være felleskilden, men rettskildefaktorene som påvirker de endelige rettsreglene, som de nevnte bestemmelsene er grunnlag for, vil dels være forskjellige.

I tilknytning til spørsmålet om arbeidsmiljøloven § 13-4 verner arbeidssøkere som røyker mot at det innhentes opplysninger om røykevanens karakter, er det i tillegg til arbeidsmiljøloven nødvendig å ta hensyn til de regler som oppstilles i lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) av 3. juni 2005 nr. 33 og lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) av 9. juni 1978 nr. 45, med senere endringer. Begrunnelsen for at disse lovene må undersøkes i forhold til problemstillingen i denne fremstillingen, er at aml. § 13-1 nummer 4 og 5 oppstiller krav om at diskrimineringsvernet blant annet etter arbeidsmiljøloven § 13-4 må tolkes i samsvar med de verneregler som er oppstilt i likestillingsloven og diskrimineringsloven.

Det kan her være på sin plass å gjenta at det i utgangspunktet er en rekke internasjonale menneskerettighetskonvensjoner, ILO-konvensjoner og direktiver fra EU som må undersøkes i sammenheng med de nasjonale reglene på området. Avgjørelsen inntatt i Rt. 1986 s. 1250 er et godt eksempel på dette. Saksforholdet som er oppe til behandling omhandler Diakonhjemmet Sosialhøgskoles praksis med å innhente arbeidssøkers personlige syn på kristendommen. I forhold til denne fremstillingen er poenget at Høyesterett ved behandlingen av de norske rettsreglene går til ILO-konvensjon nummer 111, for å undersøke det eksakte innhold av den da gjeldende aml. § 55 A, jfr. nå gjeldende aml. § 13-4. Det at Høyesterett benytter denne rettskildemessige forankringen, er et utslag av at norsk rett presumerer å være i overensstemmelse med folkeretten. I denne fremstillingen vil det være for omfattende å redegjøre i detalj om konvensjonene kan verne arbeidssøkere som røyker tobakk. Basert på undersøkelser gjort i forbindelse med oppgaveskrivningen, er det ikke grunnlag for å hevde at noen av konvensjonene direkte oppstiller et forbud mot å vektlegge opplysninger om røykevaner ved ansettelse av nye arbeidstakere.

I forhold til spørsmålet om arbeidsgiveres innhenting av opplysninger om røykevanene kan anses som innhenting av helseopplysninger, vil det være rettskildemessig relevant ut fra harmoniseringsmessige betraktninger å undersøke tilstøtende regelverk som benytter helseopplysningsbegrepet. I denne oppgaven vil de regler som inngår i lov om helseregistre og behandling av helseopplysninger av 18. mai 2001 nr. 24 (helseregisterloven) undersøkes for å se om disse kan gi veiledning i det nærmere innholdet av helseopplysningsbegrepet.

1.3.3 Rettspraksis og rettskildeproblemer ved rettsspørsmålet

Det vil i denne fremstillingen benyttes avgjørelser fra Høyesterett. I forhold til problemstillingen som skal behandles her, er det viktig å merke seg at det dreier seg om et rettsspørsmål som aldri har blitt behandlet direkte av Høyesterett. Så langt det er funnet, har heller ingen annen domstol behandlet spørsmålet. På den annen side har domstolen flere ganger hatt oppe til behandling spørsmål som omfatter arbeidsgiverens utøvelse av styringsretten. I spørsmålet om arbeidsgiveren kan innhente opplysninger om røykevanene til arbeidssøkere, må det undersøkes om det ut fra analogisk tolkning kan trekkes paralleller til noen av de rettsspørsmål som Høyesterett har behandlet. Her er det spesielt den anvendelsen av allmenne saklighetsnormer som Høyesterett foretar i Rt. 2001 s. 418 (Kårstø-dommen) som er av interesse.

For øvrig er det et generelt problem ved belysningen av det rettsspørsmålet som behandles her, at ingen av kildene går direkte inn i materien om tobakksrøyking som faktor ved ansettelse. Rettskildemessig har en med andre ord med et relativt tomt område å gjøre. Det kan legges til at temaet heller ikke er grundig teoretisk behandlet i offentliggjorte artikler og bøker.²³ Begge disse aspekter er vesentlige grunner for

²³ Jakhelln (1982) har behandlet spørsmålet om tobakksrøyking opp mot arbeidsmiljølovens bestemmelser. Den innfallsvinkelen han velger i artikkelen, medfører at spørsmålet om røykevaner som faktor ved ansettelse ikke blir behandlet. De momenter som trekkes frem i Jakhellns artikkel fra 1982 kan ikke uten forbehold legges til grunn her, både fordi samfunnets syn på tobakksrøyking stadig endres, og fordi det er foretatt hyppige endringer av lov om vern av tobakkskader av 9. mars 1973 nr. 14. Se for øvrig note 3.

behandlingen av dette rettsspørsmålet i oppgaven. Det må imidlertid tilføyes at temaer som berører forskjellsbehandling generelt, er inngående belyst, blant annet hos Henning Jakhell (Jakhell 2004).

1.4 Videre fremstilling

Den videre fremstillingen av mulige begrensninger i arbeidsgiverens rett til å tillegge røykevaner vekt som faktor ved ansettelse, faller i hovedsak i to deler. I kapittel 2 vil spørsmålet være om utestengelse av røykere kan anses som diskriminering etter aml. § 13-4. Videre vil også det særskilte spørsmålet om arbeidsgiverens styringsrett ved ansettelse er ytterligere begrenset av såkalte allmenne saklighetsnormer diskuteres. Deretter vil det i kapittel 3 foretas en gjennomgang av aml. § 9-3, for å finne ut om det å innhente opplysninger om røykevaner omfattes av de generelle begrensningene om å innhente helseopplysninger i ansettelsesprosessen. Til slutt vil det i kapittel 4 gis en oppsummering av hva som kan antas å være gjeldende rett.

2 Er utestengelse av tobakksrøykere diskriminering?

Det vil i det følgende undersøkes om arbeidsmiljøloven § 13-4 innvirker på arbeidsgiveres mulighet til å vektlegge arbeidssøkeres røykevaner. I dette kapittelet er således spørsmålet *om arbeidsmiljøloven § 13-4 er til hinder for at arbeidsgivere kan utelate å vurdere arbeidssøkere som røyker tobakk*. Først skal det foretas en analyse av lovbestemmelsen oppstilt i aml. § 13-4. Bestemmelsen stiller opp rettslige skranker for hvilke opplysninger som kan innhentes ved ansettelse. Etter dette vil det redegjøres for om ”allmenne saklighetsnormer” også kan begrense arbeidsgiverens rett til å sette et vilkår om røykfrihet ved ansettelse.

Diskriminering kommer opprinnelig fra det latinske ordet *discrimen*, som direkte oversatt betyr forskjell.²⁴ Uttrykket benyttes om tilfeller hvor noen blir utsatt for urimelig forskjellsbehandling. I det følgende vil begrepene diskriminering og forskjellsbehandling behandles som ensbetydende.

2.1 Arbeidsmiljøloven § 13-4 – innhenting av opplysninger ved ansettelse

Arbeidsmiljølovens kapittel 13 er en del av det man kan kalle ”ikke-diskrimineringspakken” i norsk rett, og kapittelet er vedtatt som en følge av at rådsdirektiv 2000/78/EF skulle inkorporeres. Selv om aml. § 13-2 medfører at diskrimineringsvernet etter kapittel 13 også omfatter ”utlysning av stilling, ansettelse...”, er det funnet hensiktsmessig å vedta en selvstendig bestemmelse for innhenting av opplysninger ved ansettelse, jfr. aml. § 13-2 nummer 1, bokstav a, jfr. § 13-4.²⁵ Bestemmelsen vedtatt i arbeidsmiljøloven § 13-4, første ledd, er en videreføring av

²⁴ Gisle (Juridisk leksikon, 1999).

²⁵ Av NOU 2003: 2 (kapittel 2.3) side 10, fremgår det at likebehandling – altså forbud mot diskriminering – ”skal gjelde alle sider ved arbeidsforholdet”, noe som medfører at vernet gjelder fra utlysning og etablering av arbeidsforholdet, den tiden arbeidsforholdet består og ved opphør.

tidligere § 54 D, nummer 4, i arbeidsmiljøloven av 1977.²⁶ Ordlyden i første ledd av aml. § 13-4 er:

”Arbeidsgiver må ikke i utlysning etter nye arbeidstakere eller på annen måte be om at søkerne skal gi opplysninger om seksuell orientering, hvordan de stiller seg til politiske spørsmål eller om de er medlemmer av arbeidstakerorganisasjoner. Arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte.”

For det første kan det fremheves at de begrensninger som oppstilles, omfatter alt arbeidsgiveren foretar seg i tilknytning til ansettelse av nye arbeidstakere. Dette fremgår av lovens ordlyd ved at den retter seg både mot det arbeidsgiver skriver i ”utlysningen etter nye arbeidstakere”, mot at arbeidsgiveren ”på annen måte be[r] om at søkerne skal gi opplysninger” og at det i tillegg ikke kan ”iverksette[s] tiltak for å innhente opplysningene på annen måte”. Dermed vil alle forsøk på å innhente informasjon om arbeidssøkeren som stammer fra arbeidssøkeren selv, tidligere arbeidsgivere, referanser, venner, nåværende eller tidligere kollegaer m.m., rammes av de begrensninger som oppstilles i lovbestemmelsen. For enkelhets skyld kan man slå fast at enhver form for kommunikasjon som tar sikte på å skaffe til veie den type informasjon om arbeidssøkeren som lovbestemmelsen regulerer, vil omfattes av rettsregelen.

I forarbeidene er dette uttrykt som at ”forbudet gjelder både å spørre direkte [arbeidssøkeren] om slike forhold og å innhente opplysninger hos andre, for eksempel tidligere arbeidsgiver og kollega.”²⁷

²⁶ Arbeidsmiljøloven av 1977 fikk et eget kapittel X A om likebehandling i arbeidslivet som følge av delutredningen, NOU 2003: 2, Skjerpet vern mot diskriminering. Reglene ble vedtatt som en følge av at norsk rett implementerte rådsdirektiv 2000/78/EF. Ved ikrafttreddelsen av kapittel X A ble den tidligere bestemmelsen om vern mot diskriminering, § 55 A, opphevet. Kapittel 13 i arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 nr. 62 er en videreføring av Kap. X A.

²⁷ NOU 2004: 5 (kapittel 17.5.5.2) side 424.

Etter dette skal det undersøkes om bestemmelsen oppstiller et vern for tobakksrøykere. Det fremgår av bestemmelsen at det er opplysninger om *”seksuell orientering, hvordan de stiller seg til politiske spørsmål [og] om de er medlemmer av arbeidstakerorganisasjoner”* som er vernet. Ut fra denne ordlyden er det klart at røykevaner ikke er en type informasjon som arbeidssøkere skal være vernet fra å måtte utlevere til en potensiell arbeidsgiver.

Samtidig er det etter aml. § 13-1, nummer 4 og 5, slik at aml. § 13-4 må ses i sammenheng med og tolkes i lys av de begrensninger som oppstilles i likestillingsloven og diskrimineringsloven. Det vil på tilsvarende måte som for de hensyn som oppstilles i aml. § 13-4 være forbudt å diskriminere arbeidssøkere etter de begrensninger som oppstilles i disse lovene.

Likestillingslovens formål er å fremme likebehandling av kjønnene, og skal særlig bedre kvinners stilling, jfr. likestillingsloven § 1. Som det fremgår av lovens virkeområde, gjelder lovens regler på alle områder unntatt indre forhold i trossamfunn, jfr. likestillingsloven § 3. På denne måten er hele arbeidslivet, utenom trossamfunnene, omfattet av de begrensningene loven oppstiller. Når dette er sagt, må det likevel legges til grunn som sikker rett at vektlegging av opplysninger om røykevaner ikke inngår i likestillingslovens begrensninger. Hvis det hadde vært slik at det kun var det ene kjønn som røykte tobakk, eller klar overvekt av det ene kjønn som røykte, kunne det – med kreativ juss – muligens blitt hevdet at likestillingslovens regler med tanke på indirekte forskjellsbehandling, kunne gjelde. Dette må imidlertid kunne avvises som irrelevant, slik situasjonen er i dag.

Etter diskrimineringsloven § 1 er formålet å blant annet *”... hindre diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn”*. Forbudet mot diskriminering etter diskrimineringsloven gjelder i utgangspunktet *”på alle samfunnsområder med unntak av familieliv og personlige forhold”*, jfr. diskrimineringsloven § 3. Dette innebærer at også arbeidslivet omfattes av bestemmelsene. Når dette er sagt, fremgår heller ikke her røykevaner av ordlyden, og det

vil ikke være naturlig ut fra diskrimineringslovens vernehensyn å innfortolke en beskyttelse mot utlevering av røykevaner.

Ut fra ordlyden i lovbestemmelsene kan man her slutte at røykevaner ikke anses som beskyttet mot innhenting av informasjon ved ansettelse av nye arbeidstakere. Det kan bemerkes at det heller ikke gjennom lovforarbeidene til arbeidsmiljøloven er blitt problematisert om tobakksrøykere bør være en gruppe som skal vernes etter arbeidsmiljøloven § 13-4 eller de øvrige diskrimineringsbestemmelsene.²⁸ Det vil forøvrig ikke være formålstjenlig – i forhold til problemstillingen i denne oppgaven – å redegjøre nærmere for det eksakte innholdet av de opplysninger som omfattes av vernehensynene. Hva som er en opplysning som omfattes av for eksempel ”seksuell orientering”, vil nemlig ikke belyse problematikken i forhold til om opplysninger vedrørende røykevanene kan innhentes i ansettelsesprosessen. Røykevaner er som poengtert ikke mulig å innfortolke direkte av ordlyden i bestemmelsene.

Ved tolkningen av de enkelte diskrimineringsbestemmelsene som arbeidsmiljøloven, likestillingsloven og diskrimineringsloven oppstiller, er det som tidligere nevnt en rekke ulike menneskerettighetskonvensjoner, ILO-konvensjoner og direktiver fra EU som vil virke inn på den nærmere tolkningen av bestemmelsene. Her kan det nevnes at den Europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), den Europeiske Sosialpakt (ESP), ILO-konvensjon nr. 111 m.fl. omhandler bestemmelser som influerer på tolkningen av blant annet aml. § 13-4. Videre er bestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 13, som tidligere nevnt, vedtatt i tråd med rådsdirektiv 2000/78/EF. Det fremgår av rådsdirektiv 2000/78/EF art. 1 at formålet med direktivet er å gjennomføre prinsippet om likebehandling i medlemsstatene, på grunn av religion, tro, handikap, alder eller seksuell orientering. Videre er det i rådsdirektiv 2000/43/EF vedtatt tilsvarende vern for diskriminering på grunn av rase eller etnisk opprinnelse. I forhold til om det kan utledes et vern etter direktivene mot utlevering av opplysninger om røykevaner, kan det på

²⁸ Her er det spesielt NOU 2003: 2, som er sentral for forståelsen av diskrimineringsvernet etter arbeidsmiljøloven.

tilsvarende måte som etter ordlyden i aml. § 13-4 uttrykkes som tvilsomt om bestemmelsene verner arbeidssøkere fra å måtte utlevere opplysninger om dette i ansettelsesprosessen. Det kan således ikke utledes av ordlyden i ”ikke-diskrimineringspakken” som er vedtatt av EU, at røykere er en gruppe som beskyttes etter bestemmelsene. Dette er i tråd med det man kan finne ved gjennomgangen av NOU 2003: 2, ved at røykevaner ikke problematiseres som en del av de opplysninger som bør vernes ved inkorporeringen av rådsdirektivet. Som nevnt i kapittel 1.1, vil det derfor falle utenfor oppgavens rammer å foreta en grundig gjennomgang av disse regelverkene.²⁹

Røykevaner som diskrimineringsgrunnlag har aldri, så langt det har vært mulig å finne frem til, blitt forelagt domstolene. Det vil derfor være relevant å undersøke praksis fra andre organer. Her kan det være relevant å undersøke hva Arbeidstilsynet legger til grunn som gjeldende rett, ut fra det ansvaret tilsynet er gitt etter aml. § 18-1. Etter å ha vært i kontakt med jurist Hans Haavind ved Arbeidstilsynet, kan det fastslås at tilsynet antar at arbeidsmiljølovens regler ikke inneholder noen hjemler for å begrense private arbeidsgiveres rett til å vektlegge og innhente opplysninger om røykevanene til arbeidssøkere. På denne bakgrunn uttaler Hans Haavind at det er ingen ting som hindrer private arbeidsgivere i å vektlegge om en person røyker eller ikke. I utgangspunktet er denne uttalelsen av meget beskjeden vekt ved domstolens avgjørelse av om innhenting og vektlegging av opplysninger om røykevaner er diskriminerende. Samtidig antas det at uttalelsen kan legges til grunn som en alminnelig rettslig oppfatning av hva som er gjeldende rett i forhold til aml. § 13-4, og de øvrige diskrimineringsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven.

Dermed kan det slutes at begrensningene om hvilke opplysninger som kan innhentes ved ansettelse, som oppstilles i aml. § 13-4, i utgangspunktet ikke rammer arbeidsgiverens mulighet til å innhente opplysninger om arbeidssøkerens røykevaner.

²⁹ Kjønstad (2004) diskuterer spørsmålet om det er en menneskerettighet å røyke tobakk, og hvor sterk en slik eventuell rettighet er.

Det kan imidlertid ikke på dette stadiet endelig konkluderes med at arbeidsgivere har adgang til å innhente og vektlegge opplysninger om arbeidssøkeres røykevaner, uten at dette er ansett som urimelig forskjellsbehandling. Som nevnt i kapittel 1.2.3 om arbeidsgiverens styringsrett må det i tillegg undersøkes om arbeidsgiverens vektlegging og innhenting av røykevanene kan være begrenset av ulovfestede ”saklighetsnormer”.

I forhold til problematikken om hvorvidt allmenne saklighetsnormer begrenser muligheten til å innhente opplysninger om røykevanene, må særskilte følgende to spørsmål kort kommenteres før den videre behandlingen: Fra hvilken rettslig forankring utledes de allmenne saklighetsnormene på arbeidsrettens område? Derneft, er saklighetsnormene en utvidende eller analogisk tolkning av lovbestemmelsene oppstilt i arbeidsmiljøloven, eller er de allmenne saklighetsnormene utslag av en høyere rang, som kan betegnes som et prinsipp på arbeidsrettens område?³⁰ Når det gjelder sonderingen mellom saklighetsnormer og saklighetsprinsipp, må det understrekes at denne er av terminologisk karakter, og ikke avgjørende for hvilke regler som eventuelt begrenser arbeidsgiverens styringsrett. Høyesterett benevner begrensningene som ”allmenne saklighetsnormer”, og det vil derfor benyttes samme begrep i denne oppgaven. Når det gjelder spørsmålet om det er en utvidende eller analogisk tolkning som foretas av reglene i arbeidsmiljøloven, eller om de utledes av høyerestående normer, er heller ikke dette av sentral betydning i denne oppgaven. Høyesterett uttrykker som nevnt at det eksisterer allmenne saklighetsnormer som begrenser arbeidsgiverens styringsrett. Således er dette det rettslige grunnlaget for at det i denne oppgaven sluttes at det eksisterer slike normer. Mye tyder imidlertid på at Høyesterett benytter en analogisk tolkning av arbeidsmiljølovens lovbestemmelser, og da spesielt i forhold til likebehandlingsreglene som oppstilles i arbeidsmiljøloven, når domstolen utleder at det eksisterer allmenne saklighetsnormer.

³⁰ ”... et [rettslig] prinsipp er en overordnet retningslinje for enkeltavgjørelser”, jfr. Backer (2002) side 49.

2.2 Beskyttes tobakksrøykere av "allmenne saklighetsnormer"?

Som fremstillingen så langt har vist, begrenses den rett arbeidsgiveren i utgangspunktet har i henhold til styringsretten også av såkalte allmenne saklighetsnormer. Her skal det undersøkes om det på bakgrunn av de normer som kan utledes fra rettspraksis og teori, kan innfortolkes en saklighetsnorm som regulerer arbeidsgiveres mulighet til å innhente og vektlegge opplysninger om røykevaner. Det er i denne forbindelse nødvendig å først knytte noen kommentarer til arbeidsgiveres ansettelsesprosess generelt. Deretter vil det bli gjort rede for om det i det hele tatt gjelder et alminnelig saklighetsprinsipp i ansettelsesprosessen.

2.2.1 Innledende bemerkninger

Ved å henvende seg til arbeidsgivere i det private næringsliv, vil man oppdage at mange mener styringsretten er altomfattende, eller i det minste svært stor, ved ansettelse av nye arbeidstakere. Ikke sjelden hører man historier om at arbeidsgivere utfører en ansettelsesprosess hvor det nærmest er tilfeldigheter som avgjør om man havner i gruppen av søkere som blir vurdert opp mot den utlyste stillingen. Jo flere søkere, jo mer sannsynlig er vilkårlighet i utvelgelsen. Om man legger til side halve søknadsbunken uten å gjennomgå hver enkelt søknad nøye, kan dette selvsagt ikke rubriseres under noen av de diskrimineringsårsakene som er gjennomgått ovenfor under kapittel 2.1. I andre sammenhenger behandles ikke søknader på grunn av at det foreligger formelle feil, feil adresse, skrivefeil eller lignende i søknadspapirene. Det kan nok settes spørsmålsteget ved om vektlegging av slike momenter er det som vil oppfattes som en saklig ansettelsesprosess.

Én ting er at arbeidsgiveren ved denne praksis risikerer å gå glipp av dyktige kandidater, og på denne måten også står i fare for å ramme sin egen virksomhet, noe helt annet er det å påstå at dette er en saksbehandling som er ulovlig etter arbeidsrettslige regler. Jakhelln (2004) synes å mene at man kan diskutere om den stadige utvidelsen av arbeidsrettens regelverk vedrørende forskjellsbehandling medfører at man kan være i ferd med å utvikle et krav til at arbeidsgiveren har en betryggende saksbehandling ved ansettelse. Som Jakhelln (2004) uttrykker "er det utvilsomt at det ikke kan legges noen vekt på de forhold som kan lede til forskjellsbehandling, med mindre det er tale om forskjellsbehandling som har et saklig formål, som ikke er

uforholdmessig inngripende, og som er nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke”, jfr. aml. § 13-3. Videre uttaler Jakhelln at det på grunn av den stadige utvidingen av lovbestemmelsene mot forskjellsbehandling kan sies at bestemmelsens ”karakter [er] prinsipielt endret – fra et forbud mot å kreve visse opplysninger til et mer generelt likebehandlingskrav”. ”Satt på spissen kan dette uttrykkes slik at det ikke lenger bare er retten til å kunne forbli i arbeidet, men også retten til å komme seg i arbeid, som stillingsvernet omfatter”, jfr. Jakhelln (2004) side 165 flg.

Noen videre drøftelse av de saksbehandlingsmetodene som er trukket frem ovenfor, skal ikke foretas her, men de illustrerer det følgende poenget godt. Arbeidsgiveren må foreta noen grep for å velge hvem som skal ansettes. I mange tilfeller får han eller hun inn en overveldende mengde søknader, og hvordan man skiller ut de personer som er ønskelige eller ikke, vil kunne variere. Det må på generelt grunnlag vises tilbakeholdenhet med å overprøve den eksakte vurderingen av hvilke hensyn som kan tillegges vekt i ansettelsessituasjonen. Dette fordi arbeidsgiveren best vurderer hvilken person som vil være mest tjenelig for virksomheten og hvordan denne personen skal utpekes.

Avgjørelsen inntatt i Rt. 2000 s. 1800 kan ses som uttrykk for tilbakeholdenheten med å etterprøve den eksakte vurderingen som arbeidsgiveren foretar. Her uttaler Høyesterett blant annet at det skal atskillig til for at retten kan sette til side som urimelig en vurdering av denne art som en privat arbeidsgiver har foretatt, når vilkåret er klart presisert før arbeidsavtalen blir inngått. I dette konkrete tilfellet er vilkåret som er inntatt et bostedsvilkår for arbeidstakeren, noe arbeidsgiveren begrunner med de arbeidsoppgaver som arbeidstakeren skal utføre.

Poenget er at saksbehandlingen ikke må forskjellsbehandle på en måte som rammes av loven, eller av de begrensninger som er anvendt av domstolene. Som det ble redegjort for under punkt 2.1, rammes ikke utestengelse på grunn av røykevaner direkte av ordlyden i lovbestemmelsene mot diskriminering, og da spesielt aml. § 13-4. I det følgende gjenstår dermed å undersøke om det på grunn av de ulovfestede saklighetsnormer, anvendt av Høyesterett, må innfortolkes et videre vern enn det som oppstilles direkte i aml. § 13-4. Først må det imidlertid undersøkes om saklighetsnormene omfatter den styringsretten som arbeidsgivere anvender i ansettelsesprosessen.

2.2.2 Omfatter saklighetsnormene ansettelsesprosessen?

Under redegjørelsen for arbeidsgiverens styringsrett ovenfor (kapittel 1.2.3) ble avgjørelsen inntatt i Rt. 2001 s. 418, Kårstø-dommen, trukket frem som et eksempel på at Høyesterett har begrenset arbeidsgiverens styringsrett ytterligere. Hovedessensen var at ”styringsretten begrenses [...] også av mer allmenne saklighetsnormer”.

I Kårstø-dommen behandler Høyesterett et rettsspørsmål som i korthet kan beskrives som et spørsmål om når arbeidstiden begynner og slutter for to grupper av ansatte ved arbeidsgiverens (Statoil) anlegg (Kårstø). Det sentrale i forhold til problematikken i denne oppgaven, er Høyesterett sin behandling av rekkevidden av arbeidsgiverens styringsrett i forbindelse med behandlingen av rettsspørsmålet.

Et viktig spørsmål i denne oppgaven er om uttalelsen som tilkjenner at arbeidsgiverens styringsrett er begrenset av ”mer allmenne saklighetsnormer”, også begrenser den styringsrett arbeidsgiveren utøver i forbindelse med ansettelse, eller kun er rettet mot styringsretten som benyttes i allerede etablerte arbeidsforhold. Styringsretten arbeidsgiveren innehar etter at lov, sedvane, avtale etc. har innskrenket den, benevnes ofte som arbeidsgiverens restkompetanse.³¹ I tillegg til at faglitteraturen bruker begrepet restkompetanse, uttrykker Høyesterett dette eksplisitt i Kårstø-dommen.³² Det er etter uttalelsen fra Høyesterett i Rt. 2001 s. 418 klart at restkompetansen er ytterligere begrenset i forhold til etablerte arbeidsforhold, ved det som benevnes som ”allmenne saklighetsnormer”. Derimot kan det fremstå mer uavklart om dette også gjelder ansettelsesprosessen. Avveiningen av rettsavgjørelsers relevans og vekt overfor tilfeller som ikke direkte er oppe til behandling i avgjørelsen, må som kjent foretas med forsiktighet.³³ Samtidig må det kunne antas at formuleringen er utslag av generelle saklighetsnormer på arbeidsrettens område, som også kan innvirke på arbeidsgiverens utøvelse av restkompetansen ved ansettelse.

³¹ Dege (2003) side 52.

³² ”[...] det arbeidsgiver kan foreta i kraft av styringsretten som en restkompetanse”, jfr. Rt. 2001 s. 418 (på side 427).

³³ Eckhoff (2001) side 164.

Synet på arbeidsgiverens styringsrett som absolutt, er foreldet. Høyesterett sin benevnelse av arbeidsgiverens styringsrett som en restkompetanse, er et utslag av dette. I dag vil alle sider av arbeidsgiverens styringsrett være begrenset av generelle saklighetsnormer. Som Jakhelln (2004) uttrykker det, får ”det generelle [...] saklighetsprinsippet i arbeidsretten [...] anvendelse også i forhold til ansettelsen og den prosess som går forut for ansettelsen...”.³⁴ I tillegg legger Ertzaas (2004) uten noen videre problematisering til grunn at man ut fra Rt. 2001 s. 418, og anvendelsen av allmenne saklighetsnormer som Høyesterett der benytter, kan uttrykke det slik at ”det generelle krav om at arbeidsgiver må utøve styringsretten innenfor allmenne saklighetsnormer”, også gjelder ved ansettelse.³⁵

Således kan det hevdes at det eksisterer noen generelle saklighetsnormer – eller et saklighetsprinsipp som Henning Jakhelln omtaler det som – på arbeidsrettens område. Ved utøvelse av styringsretten overfor allerede eksisterende arbeidsforhold vil dette kunne begrense arbeidsgiverens rett. Noe mer uklart er det, selv om det kan fremstå som sikkert ut fra ovenstående, om det samme kan gjelde ved ansettelse av nye arbeidstakere og den behandlingen som arbeidssøkere gis i ansettelsesprosessen. Av de juridiske forfatterne som er fremhevet ovenfor, synes det sluttet at den styringsretten som utøves ved ansettelse også begrenses av de saklighetsnormer som Høyesterett anvender i Kårstø-dommen. I faglitteraturen savnes derimot en eksplisitt gjennomgang av Kårstø-dommen, hvor det begrunnes om man kan la uttalelsen fra Høyesterett omfatte styringsretten i sin helhet, eller om den kun gjelder ved allerede etablerte arbeidsforhold. Her kan Arbeidslivslovutvalgets flertall sin uttalelse være et godt eksempel på usikkerheten om saklighetsprinsippet gjelder ved ansettelse. De uttaler – vel og merke i forhold til midlertidig ansettelse

”Flertallet tar ikke stilling til om det kan utledes [...] at det også gjelder et generelt ulovfestet saklighetsprinsipp knyttet til ansettelsessituasjonen [det som i denne

³⁴ Jakhelln (2004) side 164.

³⁵ Ertzaas (2004) side 38.

oppgaven er kalt ansettelsesprosessen], og som kan føre til at arbeidsgivers mulighet til utskiftning av en midlertidig ansatt med en annen må være saklig begrunnet for å være lovlig”.³⁶

Utvalgets slutninger vedrørende reguleringen av midlertidig ansettelse ble som kjent ikke fulgt opp av Stortingets flertall ved den endelige behandlingen av arbeidsmiljøloven. Det medfører imidlertid ikke at utvalgets kommentar av Kårstø-dommens rekkevidde er uten relevans. Hvis det hadde vært slik at saklighetsnormene helt sikkert kunne anvendes overfor ansettelsesprosessen, er det heller tvilsomt at utvalget hadde valgt å uttrykke seg som gjengitt i sitatet. Ved å sette spørsmålstegn om det gjelder et saklighetsprinsipp ved ansettelse, åpner utvalget for at det ikke gjelder noen ulovfestede saklighetsnormer ved arbeidsgiverens ansettelsesprosess. Hvis dette er tilfelle, vil det ikke være noe rettslig grunnlag for å innfortolke et vern mot utlevering av opplysninger om røykevanene ved ansettelse.

På den annen side er det som de juridiske forfatterne – Jakhell og Ertzaas – påpeker, blitt et stadig utvidet anvendelsesområde for saklighetsnormene. At arbeidsgivere bør ha en saklig grunn til å innhente opplysninger, er ikke urimelig. Man kan ikke si at det er et uforholdmessig tiltak overfor den rett arbeidsgiveren i utgangspunktet har, å innfortolke saklighetsnormer i forhold til arbeidsgiverens ansettelsesprosess. Det kan anses som en selvfølge at arbeidsgiveren må ha saklig grunn for å kunne vektlegge og innhente de opplysningene som man ønsker å ha kunnskap om i ansettelsesprosessen, uansett hvilken opplysning det gjelder.

Videre er det ikke inntatt noen forbehold i uttalelsene fra Kårstø-dommen, som antyder at begrensningene kun gjelder allerede etablerte arbeidsforhold, selv om det er dette avgjørelsen direkte omhandler. Høyesterett definerer styringsretten i Kårstø-dommen ved å anvende samme formulering som ble uttrykt i Rt. 2000 side 1602, Nøkk-dommen. Dermed uttaler de, som allerede nevnt, at ”arbeidsgiveren har i henhold til styringsretten

³⁶ NOU 2004: 5 (kapittel 15.3.7) side 300.

en rett til å lede, kontrollere, organisere og fordele arbeidet...”. Etter en naturlig forståelse av dette sitatet ligger det implisitt i uttrykkene – ”lede, [...] og] organisere” – at dette blant annet innebærer en rett til å ansette og å si opp allerede etablerte arbeidsforhold. Hvis man skal kunne lede og organisere virksomheten, må man kunne regulere hvem, og hvor mange ansatte som skal være tilknyttet virksomheten. Når Høyesterett i den videre behandlingen anvender såkalte allmenne saklighetsnormer på arbeidsgiverens styringsrett, fremstilles saklighetsnormene som en generell skranke på den rett som gjenstår i henhold til restkompetansen. Det kan ut fra dette antas at arbeidsgiverens ansettelsesprosess også vil være omfattet av de begrensningene som kan utledes fra de allmenne saklighetsnormene.

Når dette så er trukket frem, vil det imidlertid inntil Høyesterett eventuelt anvender saklighetsnormene på den restkompetansen arbeidsgiveren har ved ansettelse, være vanskelig å fastslå hvilket resultat de vil ende på. Som ovenfor nevnt, er det gode grunner for at den styringsretten som arbeidsgiveren utøver ved ansettelse, også omfattes av de generelle saklighetsnormene. Det antas derfor, i samsvar med faglitteraturen, at de ulovfestede saklighetsnormene også gjelder overfor den styringsrett som arbeidsgiveren utøver i ansettelsesprosessen. Neste spørsmål som må behandles, blir dermed om det er innenfor begrensningene som de ulovfestede saklighetsnormene oppstiller, å tillegge opplysninger om røykevaner betydning ved ansettelse av nye arbeidstakere.

2.2.3 Er det saklig å tillegge røykevaner betydning ved ansettelse?

De saklighetsnormene som kan utledes av Kårstø-dommen, er at arbeidsgiveren må fatte sine beslutninger på ”[...] et forsvarlig grunnlag [...], som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn”.³⁷ Denne begrensningen i arbeidsgiverens styringsrett er skjønnsmessig, og det vil således variere for hvert enkelt tilfelle om arbeidsgiveren har utøvd en ansettelsesprosess innenfor de grenser som oppstilles. Således kan det ikke hevdes kategorisk at det enten er saklig eller usaklig å kreve røykevanene til arbeidssøkeren utlevert. Noen momenter som vil innvirke på den rettslige vurderingen av

³⁷ Rt. 2001 s. 418 (på side 427)

om det er innenfor saklighetsnormene å vektlegge og innhente opplysninger om arbeidssøkeres røykevaner, skal her berøres.

Hva arbeidsgivere eksempelvis legger vekt på når to kandidater ellers står likt, er forskjellig. Det foreligger som nevnt ovenfor et skjønnsmessig spillerom for arbeidsgivere å avgjøre hvilke momenter som skal være utslagsgivende. At arbeidsgiveren ønsker å ansette arbeidssøkeren som bedriver de samme fritidsinteressene som han selv, er ikke unaturlig. I så måte er det heller ikke unaturlig at arbeidsgiveren eventuelt ikke vil ansette en person som røyker, hvis heller ingen andre ved virksomheten er tobakksrøykere. I virksomheter med få ansatte som skal innhente ytterligere arbeidskraft, er det ikke vilkårlig eller uforholdmessig at de ønsker en person som i likhet med resten av arbeidsstyrken, er røykfri. Her vil størrelsen på den virksomhet som arbeidsgiveren leder, ha betydning. I mindre organisasjoner er kontakten mellom arbeidstakere spesielt viktig, og desto tettere bånd det må være mellom de ulike arbeidstakerne, desto viktigere er personkjemien. Tobakksrøyking kan som kjent være et konfliktområde, hvor konflikten står mellom røykere og ikke-røykere – dette spesielt sett i lys av den siste tids samfunnsutvikling. Denne praksisen kan vanskelig rubriseres under vilkårlighet eller være basert på utenforliggende hensyn. Som nevnt under punkt 2.2.1, må arbeidsgivere på en eller annen måte velge ut den kandidaten som etter hans eller hennes mening vil gjøre en best mulig utførelse av arbeidsoppgavene i arbeidsgiverens virksomhet. Dette trekker i retning av at arbeidsgiveren er saklig og i sin fulle rett til å innhente og legge vekt på røykevanene etter det ulovfestede saklighetsprinsippet.

På den annen side er problemet med å vektlegge opplysninger om røykvaner som en faktor, at det setter en stor gruppe av personer i samme bås, uavhengig av det individuelle omfang røykevanen har. Det er vanskelig, som nevnt ovenfor under punkt 1.1, å klart definere hva som er en røyker, eller en person med røykevaner. I prinsippet innfører vilkåret i utlysningsteksten om at arbeidssøkere må være røykfri at arbeidsgiveren stenger ute både arbeidssøkere som røyker 1 sigarett daglig, like mye som søkere som røyker 30 om dagen. Dette i seg selv virker som en vilkårlig utøvelse av styringsretten, som kan gi uheldige utslag. Samtidig er det ikke vilkårlig hvis arbeidsgiveren har en saklig grunn til

å tillegge momentet betydning i ansettelsesprosessen. Det spørsmålet en således står igjen med, er hvorfor arbeidsgiveren ikke vil ansette arbeidssøkere som røyker tobakk.

Som redegjørelsen så langt har vist, må det være et skjønnsmessig spillerom for hva arbeidsgiveren vil vektlegge i ansettelsesprosessen. Således må det vises tilbakeholdenhet med å foreta en inngående prøvelse av hvorfor arbeidsgiveren ikke vil ansette personer som røyker tobakk. Utestengelse av arbeidssøkere som røyker kan være et like stort tap for arbeidsgiveren som for arbeidssøkeren. Samtidig er arbeidssøkere i en mer utsatt situasjon enn arbeidsgivere i ansettelsesprosessen. Slik dagens rettstilstand er, må det likevel kunne legges til grunn at det vanskelig kan foretas en for grundig kontroll med arbeidsgiverens styringsrett ved ansettelse. Å innfortolke et forbud mot å innhente opplysninger om arbeidssøkeres røykevaner i de ulovfestede saklighetsnormene må antas å ligge i ytterkanten av hva Høyesterett har ment med anvendelsen av de allmenne saklighetsnormene.

2.3 Konklusjon

Diskrimineringsbestemmelsene i norsk rett har i løpet av de siste tiårene til stadighet fått et utvidet virkeområde. Noe av det siste som ble tilføyd, var forbud mot å forskjellsbehandle på grunn av alder. Som det er vist ovenfor har disse forandringer vært nødvendig å foreta for å inkorporere ulike rådsdirektiver fra EU, noe Norge for alle praktiske formål er forpliktet til å gjøre, som en følge av EØS-avtalen. Når det gjelder om vektlegging og innhenting av opplysninger om røykevanene ved ansettelse i arbeidslivet kan anses som en opplysning som er vernet etter diskrimineringsbestemmelsene, har det blitt vist at dette ikke lar seg direkte innfortolkes i det vern bestemmelsene oppstiller. Således kan man fastslå at røykevaner etter arbeidsmiljøloven § 13-4 ikke kan anses å være en opplysning som er vernet etter diskrimineringsbestemmelsene.

Det er også drøftet om arbeidsgiverens styringsrett er ytterligere begrenset i ansettelsesprosessen, slik at det kan innfortolkes et vern i diskrimineringsbestemmelsene mot utlevering av røykevanene. Her ble det satt spørsmålstegn ved om de allmenne

saklighetsnormene, anvendt av domstolen, også begrenser den styringsrett arbeidsgiveren utøver ved ansettelse, eller om begrensningen kun omfatter den styringsrett som utøves ved etablerte arbeidsforhold. Det kan ikke klart utledes av rettspraksis at arbeidsgiverens styringsrett ved ansettelse er bundet av ulovfestet saklighetsnormer. Samtidig er det vist at det ved samspillet mellom lovgiver og domstolen i stadig flere situasjoner er utformet og anvendt saklighetsnormer som er funnet hensiktsmessig på arbeidsrettens område. Således er det også funnet rimelig å la saklighetsnormenes anvendelsesområde omfatte den styringsrett arbeidsgiveren benytter i ansettelsesprosessen.

Når dette er sagt, er det vanskelig å utlede et vern mot å måtte utlevere røykevanene av de saklighetsnormene som eksisterer. Det kan i alle fall ikke slutes av de ulovfestede saklighetsnormene, slik de fremstår i dag, at det generelt er ulovlig å tillegge røykevanene betydning i ansettelsesprosessen. Såfremt lovgiver ikke oppstiller klarere retningslinjer på at innhenting og vektlegging av opplysninger om røykevaner skal anses som urimelig forskjellsbehandling, må det antas at arbeidsgiver er i sin fulle rett til å gjøre dette. Dermed kan det slås fast at arbeidsmiljølovens diskrimineringsbestemmelser ikke er til hinder for at arbeidsgiveren vektlegger og innhenter opplysninger om arbeidssøkeres røykevaner.

3 Er røykevaner en helseopplysning etter arbeidsmiljøloven?

Spørsmålet som søkes besvart i dette kapittel, er *om innhenting av opplysninger om arbeidssøkeres røykevaner, er innhenting av helseopplysninger etter arbeidsmiljøloven § 9-3*. Bestemmelsen innfører begrensninger i arbeidsgivers mulighet til å innhente helseopplysninger i ansettelsesprosessen. Essensen i spørsmålet er hva som er det nærmere innholdet av begrepet *helseopplysning*. I forlengelsen av dette vil det være et særskilt spørsmål om arbeidsgiveren, i tilfelle røykevaner er en helseopplysning, har et nødvendig behov for å vite om arbeidssøkeres røykevaner. Før det redegjøres nærmere for disse spørsmålene, skal det knyttes noen generelle betraktninger til lovbestemmelsen.

3.1 Arbeidsmiljøloven § 9-3 – innhenting av opplysninger ved ansettelsen

Ved ikrafttreddelsen av arbeidsmiljøloven kapittel 9 fikk norsk rett for første gang lovfestede generelle regler om hvilke kontrolltiltak som kan iverksettes overfor arbeidssøkere.^{38 39} Lovbestemmelsen som retter seg mot innhenting av helseopplysninger ved ansettelse, er vedtatt med følgende ordlyd:

”Arbeidsgiver må ikke i utlysning etter nye arbeidstakere eller på annen måte be om at søkerne skal gi andre helseopplysninger enn dem som er nødvendige for å

³⁸ NOU 2004: 5 (kapittel 17.5.1) side 412.

³⁹ Allerede ansatte arbeidstakere faller som nevnt tidligere utenfor omfanget av denne fremstillingen, men det kan legges til at tidligere arbeidsvernlovgivning heller ikke har hatt generelle bestemmelser som regulerer hvilke kontrolltiltak som kan iverksettes overfor disse. Ved vedtakelsen av arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 er dette også nå endret. For helhetens skyld kan det nevnes at det innenfor den kollektive arbeidsrett har vært fastsatt nærmere regler for kontrolltiltak i virksomheter, jfr. Tilleggsavtale V til Hovedavtalen mellom LO–NHO [2002-2005], jfr. NOU 2004: 5 (punkt 17.6.2.5) side 435.

utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen. Arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente helseopplysninger på annen måte” (jfr. aml. § 9-3, første ledd).

Det første momentet som kan trekkes frem er at lovbestemmelsen er bygd opp etter samme mønster som aml. § 13-4. Bestemmelsen retter seg dermed mot hele det arbeid som arbeidsgiveren foretar seg i tilknytning til ansettelse av nye arbeidstakere. For en grundigere gjennomgang av hvilke type handlinger fra arbeidsgiverens side som vil rammes av begrensningene i lovbestemmelsen, henvises til redegjørelsen av aml. § 13-4 i kapittel 2.1.⁴⁰

Arbeidsmiljøloven § 9-3 er på denne måten en videre utvidelse av det generelle vern som lovgiver ønsker å gi arbeidssøkere. Det er allment akseptert, selv i dagens situasjon hvor store deler av arbeidsstyrken får arbeid, at arbeidssøkeren er den svake part, og er i en utsatt situasjon. Mulighet til å kunne skaffe seg inntektsgivende arbeid er viktig i vårt samfunn. I denne sammenheng kan det også være på sin plass å minne om Grunnloven § 110, som i kraft av sin hierarkiske plassering er av betydning for både domstol og lovgiver. Grunnlovsbestemmelsen fremhever viktigheten for ”ethvert arbeidsdyktigt Menneske [å kunne] skaffe sig Udkomme ved sit Arbeide”. På bakgrunn av dette oppstilles det i Grunnloven § 110 et ansvar, for blant annet lovgiver, å legge forholdene til rette for at mennesker kan gis muligheter til å skaffe seg arbeid. Således vil aml. § 9-3 være en konsekvens av lovgivers ansvar for å tilrettelegge arbeidslivet, slik at arbeidssøkere ikke på urimelig grunnlag utelukkes.

Samtidig ble det ikke funnet hensiktsmessig å plassere begrensningene i innhenting av helseopplysninger i kapittelet om arbeidsmiljølovens diskrimineringsbestemmelser. Like fullt er det viktig å se bestemmelsene oppstilt i arbeidsmiljøloven § 9-3 og § 13-4 i sammenheng når en vurderer hvilke opplysninger arbeidsgiveren kan innhente og

⁴⁰ Hvor informasjonen hentes fra, kan det i forhold til helseopplysninger presiseres at siden informasjonsinnhenting omfatter enhver type handling iverksatt av arbeidsgiveren, vil selvsagt også innhenting fra leger, forsikringsselskap o.l. være omfattet.

vektlegge ved ansettelse av nye arbeidstakere. På mange måter er aml. § 9-3 en videre presisering av hva som vil oppfattes som urimelig forskjellsbehandling etter arbeidsmiljølovens regelverk, og på den måten en oppfølging fra lovgiveren om å påse at Grunnloven § 110 blir fulgt opp ved lovgivning.

Et annet moment er at det fremgår av ordlyden at bestemmelsen ikke tar sikte på å innføre et totalforbud mot innhenting av helseopplysninger. Forbudet gjelder innhenting av ”andre helseopplysninger enn dem som er nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen” (uthevet her). Lovfestingen av hva som lovlig kan innhentes av helseopplysninger, er som tidligere nevnt ny. Det er valgt å innføre en rettslig standard. Standarden som er innført, har hentet sin oppbygning fra arbeidsmiljøloven § 13-3, som også har tilsvarende formulering. Aml. § 13-3 gir arbeidsgiveren rett til å forskjellsbehandle, uten at det blir ansett som diskriminering etter arbeidsmiljølovens kapittel 13. Lovbestemmelsen oppstiller tre kumulative vilkår, hvor det siste er at behovet for informasjonen, om for eksempel politisk syn, må være ”[...] nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke...”. Selv om formuleringen ikke er identisk med den som er funnet hensiktsmessig å oppstille i arbeidsmiljøloven § 9-3, er det innholdsmessig en lik vurdering som må foretas ved anvendelse av lovbestemmelsene. Dette viser nok en gang den nære tilknytningen mellom lovbestemmelsen oppstilt i arbeidsmiljøloven § 9-3 og de regler som er vedtatt i kapittel 13.

I Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) s. 143, er kun begrepet rettslig standard benyttet om lovbestemmelsen fastsatt i arbeidsmiljøloven § 9-1.⁴¹ Det er likevel klart at arbeidsgivere må foreta en tilsvarende saklighetsvurdering etter arbeidsmiljøloven § 9-3. Dette ligger implisitt i ”nødvendighetskriteriet” som er vedtatt i lovbestemmelsen.

Det ble antatt av Arbeidslivslovutvalget at mulighetene for å innhente helseopplysninger etter den tidligere lovgivningen fulgte den alminnelige adgangen som arbeidsgiveren

⁴¹ Aml. 9-1 fastsetter generelle regler for arbeidsgiverens mulighet til å foreta kontrolltiltak overfor arbeidstakere. Den nærmere redegjørelsen av denne bestemmelsen faller dermed utenfor oppgavens omfang.

hadde til å iverksette kontrolltiltak.⁴² Samtidig er det klart at det ved innføringen av en lovbestemmelse på området blir klarere uttrykt at det foreligger visse skranker også for innhenting av helseopplysninger i ansettelsesprosessen. Standarden medfører at arbeidsgivere må være nyansert ved vurderingen av om det er behov for innhenting av slike opplysninger. Det må både vurderes om det er behov for kunnskap om helsetilstanden til arbeidssøkere, og i tillegg påpasses at de opplysningene som ønskes innhentet, er lovlige etter aml. § 9-3. Den rettslige standarden som her er utformet, gjør at det er hensiktsmessig å dele opp den videre redegjørelse av arbeidsmiljøloven § 9-3. Først skal det foretas en analyse av lovbestemmelsens helseopplysningsbegrep. Deretter vil det måtte foretas en selvstendig analyse av kriteriet om nødvendighet. Tobakksrøyking som faktor vil være et sentralt element i begge drøftelsene.

3.2 Helseopplysningsbegrepet

Begrepet helseopplysning er et sammensatt ord som består av to komponenter. Etter naturlig språkbruk vil *opplysninger* i denne sammenheng innebære enhver type informasjon som kan gi veiledning i søken etter helsetilstanden til arbeidssøkere. Det som derimot byr på større språklige problemer er hva som omfattes av ordet *helse*, lest i sammenhengen helseopplysninger.

Ordet helse er ikke entydig avgrenset, men vi har likevel en intuitiv forståelse for hva som regnes inn under begrepet. Således vil både opplysninger om allergi og eksem eller mer alvorlige sykdommer som kreft og HIV/AIDS m.m. være en del av helseopplysningsbegrepet. I tillegg kan det særskilt nevnes at funksjonshemninger eller funksjonsnedsettelser omfattes av begrepet. Dette er det man under en samlebetegnelse kan kalle fysiske sykdommer, og listen som er presentert ovenfor er dermed langt fra uttømmende. Ut fra en naturlig tolkning av ordlyden kan man ikke trekke den konklusjon at det kun er opplysninger om fysiske sykdommer som vil rammes av bestemmelsen. De siste årene er fokus på det man kan betegne som psykiske sykdommer stadig blitt sterkere. Det er klart at ulike former for sykdommer som depresjoner, angst, utbrenthet

⁴² NOU 2004: 5 (kapittel 17.5.5.3) side 426.

m.m., kan ha stor påvirkning på den allmenne helsetilstanden. Således vil både opplysninger om fysiske og psykiske sykdommer omfattes av helseopplysningsbegrepet i aml. § 9-3.

Noe helt annet enn psykiske og fysiske sykdommer er opplysninger om graviditet. Det kan stilles spørsmål om gravide er gitt et dobbelt vern etter vedtakelsen av aml. § 9-3. I forhold til gravide vil det også måtte tas hensyn til lov om likestilling mellom kjønnene av 9. juni 1978 nr. 45 § 4. Av hensyn til fremstillingens omfang vil det ikke redegjøres nærmere for denne problemstillingen, men slås fast at også opplysninger om graviditet må kunne oppfattes som en helseopplysning.

Den nærmere grensedragningen – for å klargjøre om det å røyke tobakk også er en del av helseopplysningsbegrepet – må foretas med vektlegging i andre rettskildefaktorer enn lovteksten. Her gir forarbeidene en viss veiledning.

Det er flere utvalg som har jobbet med utviklingen av rettsregler som omfatter det man kan kalle helseopplysninger i arbeidslivet. Breisteinutvalget ble nedsatt med den hensikt å undersøke behovet for å regulere kontrolltiltak i arbeidslivet.⁴³ De regler de foreslo ble aldri lovfestet etter arbeidsmiljøloven av 1977. Hovedbegrunnelsen for dette var at det i mellomtiden ble nedsatt et eget utvalg for å gjennomgå arbeidsmiljølovens bestemmelser på et mer prinsipielt grunnlag, nemlig Arbeidslivslovutvalget.⁴⁴ Arbeidslivslovutvalget har benyttet seg av mange av de slutninger som er trukket opp av Breisteinutvalget. Utvalget henviser spesielt til Breisteinutvalget ved behandlingen av aml. § 9-3. Her må det kunne legges til grunn at de momenter som Breisteinutvalget fremhever vil ha egen betydning som veiledning, men det er viktig å være klar over at det finnes tegn til uenighet mellom utvalgene. Ved uenighet må det foretas en vanlig vektning av rettskildefaktorenes slutninger. Ved uenighet kan en trekke paralleller til prinsippene om *lex posterior* og *lex specialis*, hvor Breisteinutvalget er det utvalget som går mest grundig gjennom helseopplysningsbegrepet, mens Arbeidslivslovutvalget er det siste utvalget som har behandlet spørsmålet.

⁴³ NOU 2001: 4 (kapittel 1.4) side 10.

⁴⁴ NOU 2004: 5 (kapittel 17.6.5.3) side 440.

Breisteinutvalget legger en vid definisjon av helseopplysningsbegrepet til grunn. Utvalget uttaler at *”helseopplysninger er opplysninger som kan bidra til å kartlegge en persons nåværende og mulige fremtidige helsetilstand”*.⁴⁵ Videre begrunner utvalget den vide definisjonen med at *”[de] vil fokusere på at all bruk av helseopplysninger må omfattes av lovregulering, ikke bare opplysninger som stammer fra ordinære helseundersøkelser og analyse av biologiske materialer”*. Arbeidslivslovutvalget ser ut til å legge samme oppfatning til grunn i sitt arbeid.⁴⁶ Det har i det videre arbeidet med arbeidsmiljøloven ikke blitt knyttet noen kommentarer til det nærmere innholdet av dette utsagnet.⁴⁷

Røykevaner som mulig element i helseopplysningsbegrepet blir ikke behandlet inngående i forarbeidene. Et sted omtaler Breisteinutvalget tobakksrøyking, og viser at det kan være et viktig element for helsetilstanden. *”Ved å se på en person kan vi trekke slutninger om vedkommendes helsetilstand basert på hva vi ser i forhold til vår generelle kunnskap om helse”*.⁴⁸ Eksempelene som utvalget her velger å trekke frem av betydning for vår oppfatning, er røyking og overvekt. Videre sier utvalget at *”røyking kan gi risiko for kreft og hjertekarsykdommer”*. Spørsmålet er hvor stor vekt man kan ilegge denne kommentaren fra utvalget. Utsagnet er inntatt i forbindelse med punkt 3.2.1 i utredningen, som omhandler innledende kommentarer til definisjoner. Siden utvalget ikke omtaler tobakksrøyking som en eventuell helseopplysning i det videre arbeidet med begrepet, bør utsagnet anvendes med forsiktighet.

Særlig når Arbeidslivslovutvalget fortsetter arbeidet med lovreguleringen av innhenting av helseopplysninger, burde det ha knyttet noen kommentarer til om røykevanene skulle være en del av helseopplysningsbegrepet. Dette særlig etter all fokus på tobakksrøyking som den siste endringen av tobakksskadeloven medførte. Her ble det som kjent innført

⁴⁵ NOU 2001: 4 (kapittel 10.4.1) side 97.

⁴⁶ NOU 2004: 5 (kapittel 17.6.5.2) side 438.

⁴⁷ De forarbeider som foreligger ved siden av NOU 2001: 4 og NOU 2004: 5 er Ot. prp. nr. 49 (2004-2005), Innst.O. nr.100 (2004-2005), Besl. O. nr. 96 (2004-2005).

⁴⁸ NOU 2001: 4 (kapittel 3.2.1) side 20.

totalforbud mot røyking på restaurant- og serveringssteder.⁴⁹ Når utvalget ikke behandler spørsmålet om røyking og røykevaner skal være en helseopplysning, kan en rettslig trekke to mulige konklusjoner ut av dette. Enten mener utvalget at det ikke anser innhenting og vektlegging av opplysninger om røykevaner som en helseopplysning, eller så har de ikke sett problematikken og av den grunn utelatt å behandle spørsmålet. Ved den grundige gjennomgang av arbeidsmiljølovgivningen som er foretatt av flere utvalg, trekker dette i retning av at den første oppfatningen må legges til grunn, slik at helseopplysningsbegrepet etter arbeidsmiljøloven ikke omfatter opplysninger om røykevanene. Når dette er sagt, må det undersøkes nærmere om det er mulig å innfortolke røykevaner, siden det som nevnt ikke er utenkelig at utvalgene ikke har sett problematikken om at arbeidsgivere vektlegger og innhenter opplysninger om arbeidssøkeres røykevaner.

Ut fra ordlyden og lovforarbeidene kan man derimot trekke den konklusjon at de sykdommer som allerede er påført – har synliggjort seg – som følge av tobakksrøykingen, åpenbart vil være en del av helsebegrepet i arbeidsmiljøloven § 9-3. Samtidig er det ikke ut fra dette sagt at det å røyke tobakk i seg selv er en helseopplysning. Utsagnet fra utvalget gir ikke mer enn det en kan trekke ut av ordlyden i bestemmelsen, nemlig at røyking er en faktor i forhold til helsen, men ikke om røyking og røykevaner i seg selv er en helseopplysning.

Av utredningen til Breisteinutvalget kommer det frem at det er en nær sammenheng mellom helseopplysningsbegrepet som benyttes i aml. § 9-3, og den tilsvarende benyttelsen av begrepet som finnes i lov om helseregistre og behandling av helseopplysninger av 18. mai 2001 nr. 24 (heretter helseregisterloven) og lov om behandling av personopplysninger av 14. april 2000 nr. 31 (personopplysningsloven).⁵⁰ På bakgrunn av dette vil helseregisterlovens benyttelse av helseopplysningsbegrepet kunne influere på den nærmere avgrensningen av arbeidsmiljølovens

⁴⁹ Ot.prp. nr. 23 (2002-2003), Røykfrie serveringssteder.

⁵⁰ NOU 2001: 4 (kapittel 3.2.4) side 21. Her vil det ikke foretas en separat behandling av personopplysningslovens helsebegrep, jfr. lovens § 2 nummer 8, bokstav c.

helseopplysningsbegrep. Harmoniseringsmessige betraktninger – som nevnt i kapittel 1.2.3 – tilsier også at helseregisterlovens helseopplysningsbegrep tillegges relevans ved tolkningen av begrepet.

3.2.1 Helseregisterlovens helseopplysningsbegrep

I Ot.prp. nr 5 (1999-2000), om lov om helseregistre og behandling av helseopplysninger, definerer departementet helseopplysninger som

”[...] en gruppe personopplysninger. Begrepet helseopplysninger, og det tilsvarende begrepet personopplysninger, er meget vidtrekkende. Begrepene omfatter alle opplysninger som enten direkte eller indirekte kan knyttes til en enkelt person.”

Den lovfestede definisjonen på helseopplysninger i helseregisterloven, ble vedtatt etter gjennomgang i stortingskomiteen, og er oppstilt i helseregisterloven § 2 nummer 1,

”[...] taushetsbelagte opplysninger i henhold til helsepersonelloven § 21 og *andre opplysninger og vurderinger av betydning for helseforhold*, som kan knyttes til en enkeltperson” (uthevet her).⁵¹

I denne sammenhengen er det formuleringen som uttrykker at også ”andre opplysninger og vurderinger av betydning for helseforholdet vil kunne være helseopplysninger”, som er sentral i forhold til om tobakksrøyking er en helseopplysning. Ved dette tillegget utvides lovens helseopplysningsbegrep til å omfatte noe mer enn det som følger av en streng legevitenenskapelig terminologi. Det er ikke bare opplysninger som helsepersonell får kunnskap om via sin profesjon – ved behandling av pasienter i helsevesenet – som vil være en helseopplysning etter helseregisterloven. Så veldig mye mer enn det som allerede er fastsatt etter gjennomgangen av arbeidsmiljølovens helseopplysningsbegrep, gir dette imidlertid ikke. Det vil derfor være nødvendig å gå til andre kilder i forbindelse med

⁵¹ Inst. O nr. 62 (2000-2001) side 16, jfr. Helseregisterlovens § 2 nummer 1.

helseregisterloven for å se om disse kan gi bedre veiledning i spørsmålet om røykevaner er en helseopplysning.

Det foreligger, så langt en har kunnet finne, ingen rettspraksis om helseregisterlovens nærmere avgrensning av helseopplysningsbegrepet. Det vil derfor være naturlig å se om det finnes annen praksis som kan gi rettledning i søken etter den nærmere avgrensningen av begrepet. Datatilsynet er etter helseregisterloven § 31 tilsynsorganet som skal kontrollere at lovens regler blir etterlevd. Etter å ha vært i kontakt med seniorrådgiver Hanne P. Gulbrandsen ved Datatilsynet, kan det legges til grunn at tilsynet har lagt ”listen for hva som regnes som en helseopplysning relativt lavt gjennom sin praksis”. Det har blant annet blitt lagt til grunn at det at man har brukket armen er en helseopplysning. Samtidig uttaler Gulbrandsen at

”det at noen røyker etter datatilsynets oppfatning ikke er en helseopplysning. Det må imidlertid tilføyes at opplysninger om røykevaner kan i noen tilfeller gi antagelser om helsen til personer, slik at de, særlig satt sammen med annen informasjon, må vurderes som en helseopplysning”.⁵²

Helseregisterlovens benyttelse av helseopplysningsbegrepet styrker antagelsene som arbeidsmiljøloven § 9-3 og dens forarbeider uttrykker – helseopplysninger *er et begrep som må tolkes vidt*. Ut fra dette er det ikke nærliggende at røykevaner kan være en helseopplysning hverken etter helseregisterloven eller arbeidsmiljøloven. Samtidig kan det ikke hevdes at loven tydeliggjør at røykevaner ansees som en helseopplysning. I tillegg vil ikke de samme hensyn gjøre seg gjeldende ved tolkningen av helseopplysningsbegrepet etter arbeidsmiljøloven, som etter helseregisterloven. Helseregisterloven formål er å ”sikre at helseopplysninger blir behandlet i samsvar med

⁵² Uttalelsen kan settes inn under det som innenfor rettskildelæren kalles ”spesiell rettsoppfatning”, jfr. Andenæs (1997) side 65. I utgangspunktet er enkeltpersoners rettsoppfatning irrelevant for den slutning som må følge av tolkningen av uttrykket helseopplysninger. Samtidig er det slik at ved den særskilte kunnskapen seniorrådgiver og jurist Gulbrandsen har av helseopplysningsbegrepets omfang, gjennom sitt arbeid ved Datatilsynet, vil det kunne anerkjennes som en tolkningsfaktor.

”[...] behovet for personlig integritet, privatlivets fred og tilstrekkelig kvalitet på helseopplysninger”, jfr helseregisterloven § 1. Arbeidsmiljølovens formål er blant annet er å ”bidra til et inkluderende arbeidsliv”, jfr. aml. § 1-1, bokstav e. De ulikheter man her finner kan innvirke på det endelige tolkningsresultatet av hvilke opplysninger som ligger i randsonen av helseopplysningsbegrepet.

3.2.2 Er røykevaner en del av helseopplysningsbegrepet?

Noen entydig løsning på om røykevaner er en helseopplysning etter arbeidsmiljølovens regler kan ikke utledes etter den foreløpige gjennomgangen av rettskildefaktorene. Det vil derfor ved den endelige slutningen av helseopplysningsbegrepets omfang måtte foretas en helhetsvurdering av foranvendte momenter, hvor reelle hensyn vil spille en vesentlig rolle i vurderingen av røykevaner som en eventuell helseopplysning.

Opplysninger om tidligere, nåværende og mulige fremtidige helsetilstand skal omfattes av begrensningene oppstilt i aml. § 9-3. Røyking og røykevaner har gjennom utstrakt forskning de siste tiårene vist seg å ha betydelige konsekvenser for hvordan helsetilstanden til en person er og kan utvikle seg. Etter gjennomgang av rettspraksis er det funnet at Høyesterett benytter seg av uttalelser som viser at ”[...] mellom en tredjedel og en halvpart av de som daglig røyker sigaretter, dør en for tidlig død [og] et enda større antall røykere utvikler røykerelaterte sykdommer som gir betydelige plager og redusert livskvalitet”.⁵³ Uttalelsen tydeliggjør den nære sammenheng som eksisterer mellom en persons røykevaner og vedkommendes helsetilstand. Med en så nær sammenheng mellom røykevaner og helsetilstanden, fører rimelighetsbetraktninger til at det kan hevdes at vanen omfattes av helseopplysningsbegrepet i arbeidsmiljøloven § 9-3.

⁵³ Rt. 2003 s. 1546. Saken omhandler den mye omtalte Robert Lund-saken. Robert Lund saksøkte Tidemanns Tobaksfabrik AS, og krevde erstatning for de helsemessige komplikasjoner (lungekreft) tobakksrøykingen hadde påført. Det er ikke nødvendig i forhold til denne fremstillingen å gjennomgå dommen, men det kan legges til at i dommens premiss nummer 38 oppsummerer Høyesterett hvilke helsemessige konsekvenser tobakksrøyking påfører tobakksrøykeren.

En annen rimelighetsbetraktning, som også trekker i retning av å gi tobakksrøyking status som helseopplysning, kan utledes fra Ot.prp. nr. 49 (2004-2005). Her fremheves det at formålet med etableringen av regelen er ”å hindre at arbeidstakere på urimelig grunnlag holdes ute fra arbeidslivet”.⁵⁴ Ved å tillegge lovgivers formål betydning, kan man ved den nærmere tolkningen av hvilke opplysninger som ligger i randsonen av helsebegrepet, undersøke den kontekst som begrepet er benyttet i.⁵⁵ I forhold til aml. § 9-3 er det ikke tillatt å innhente andre helseopplysninger enn dem som er nødvendige, for å ha kunnskap om arbeidssøkeren vil kunne utføre de arbeidsoppgaver som stillingen medfører. Ved å trekke inn nødvendigheten av informasjon ved tolkningen av helseopplysningsbegrepet, står en i fare for å sammenblande de to separate drøftelsene som må foretas etter lovbestemmelsen, jfr. den rettslige standarden. Samtidig er det slik at man ved å gjøre dette vil ivareta lovbestemmelsens formål best. Ved å la røykevaner være en del av helseopplysningsbegrepet, vil man måtte foreta en selvstendig drøftelse av om det er nødvendig for arbeidsgiveren å ha kunnskap om dette. På denne måten risikerer man ikke at arbeidssøkere som har røykevaner blir stengt ute fra arbeidslivet uten at arbeidsgiver har et saklig behov for å la være å ansette disse. Når Datatilsynet i tillegg har funnet det hensiktsmessig å la det å ha brukket en arm være en del av helseopplysningsbegrepet etter helseregisterloven, taler gode grunner for å la røyking og røykevaner være en del av helseopplysningsbegrepet etter arbeidsmiljølovens regler. I overveiende mange tilfeller vil det være mer interessant for arbeidsgiveren å vite om en arbeidssøker har røykevaner, enn om vedkommende tidligere har brukket en arm.

Når dette er nevnt, er det på den annen side mye som tyder på at det er helseopplysninger som har en direkte betydning for hvordan helsetilstanden er og vil være, som det er meningen å ramme med begrensningene i aml. § 9-3. Hvor stor påvirkning tobakksrøyking vil ha på den enkelte persons helsetilstand, vil måtte vurderes i forhold til en sannsynlighetsberegning som er særdeles vanskelig, jfr. den tidligere nevnte avgjørelsen inntatt i Rt. 2003 s. 1546. På denne måten er røyking og røykevaner en mer

⁵⁴ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) (punkt 12.6.4) side 148.

⁵⁵ Andenæs (1997) side 16.

generell opplysning om hva arbeidssøkeren velger å påføre helsen sin. Hvis røykevaner omfattes av helseopplysningsbegrepet, hvor går da grensen? Mange andre aktiviteter som arbeidssøkere bedriver vil kunne ha stor betydning for personens helsetilstand. For å trekke resonnementet langt vil det ved å definere tobakksrøyking som helseopplysning også være mulig å tillegge det at arbeidssøkere ligger mye på sofaen, hvilken mat som inntas, at vedkommende hopper i fallskjerm, treningsvaner e.l. betydning i forhold til helseopplysningsbegrepet.

Videre er det vanskelig å vite om lovgiver ønsket at tobakksrøyking skulle være en helseopplysning etter aml. § 9-3, siden temaet overhodet ikke er berørt eksplisitt i forarbeidet til loven. Når det på denne måten er usikkert om arbeidsgiverens styringsrett er begrenset vedrørende innhenting av opplysninger om røykevaner, taler gode grunner for at en må falle tilbake til ansettelsesprosessens utgangspunkt. Dette medfører at arbeidsgiveren har loven på sin side, såfremt lovgivningen ikke eksplisitt har begrenset retten, når han eller hun skal beslutte hvem som skal ansettes og om røykevaner skal tillegges vekt som personlig egenskap, jfr. ovenfor under kapittel 1.2.3.

Ut fra ovenstående kan det – under tvil – konkluderes med at røykevaner, per i dag, ikke er en helseopplysning etter arbeidsmiljølovens regler. Selv om dette er konklusjonen, vil det være nyttig å undersøke om det er nødvendig for arbeidsgiveren å tilegne seg kunnskaper om arbeidssøkeres røykevaner. For det første er det vanskelig å forutse om domstolene vil komme frem til om det er innhenting av helseopplysninger, å innhente opplysninger om røykevanene. For det andre er det etter aml. § 9-3, annet ledd, gitt hjemmel for at departementet kan fastsette nærmere regler for ”hvilke opplysninger som kan innhentes etter denne paragrafen”. Det er dermed ikke utenkelig at lovgiver i fremtiden vil undersøke muligheten for å begrense arbeidsgiverens rett til å innhente opplysninger om arbeidssøkeres røykevaner.

3.3 Nødvendigheten av informasjon om røykevanene

3.3.1 Innledende bemerkninger

I forbindelse med vedtagelsen av arbeidsmiljøloven § 9-3, ble det grundig behandlet og vurdert hvilket vilkår som skulle fastsettes i forhold til arbeidsgiverens adgang til å innhente helseopplysninger. De motstridende hensyn som lovbestemmelsen forsøker å balansere, er arbeidssøkerens behov for beskyttelse i ansettelsesprosessen, og anerkjennelsen av at arbeidsgiveren har et legitimt behov for å avgjøre hvem som skal ansettes. Etter Arbeidslivslovutvalgets gjennomgang av kriterier som var tenkelige å benytte seg av i aml. § 9-3, fremgår det at det kunne tenkes benyttet et krav om ”*saklighet, relevans eller nødvendighet*”. Ved vurderingen av hvilket kriterium som best ville ivareta både arbeidsgiverens og arbeidssøkerens behov, ble det funnet mest hensiktsmessig med et nødvendighetskriterium.⁵⁶

Det var oppe til vurdering om det også skulle være mulig å innhente arbeidssøkerens helseopplysninger med hjemmel i arbeidssøkerens *samtykke*. Rettstilstanden slik den var forut for vedtakelsen av aml. § 9-3, ble av utvalgene antatt å medføre at det forelå en særskilt hjemmel for innhenting av helseopplysninger, ved at arbeidssøkeren samtykket.⁵⁷ I Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) blir dette fulgt opp, og det kan på bakgrunn av gjennomgangen legges til grunn, som gjeldende rett, at hjemmel for innhenting i dag er uttømmende regulert i arbeidsmiljøloven § 9-3. Samtykke fra arbeidssøkeren er dermed ikke lenger gyldig hjemmel for innhenting av helseopplysninger ved ansettelse. Det kan her legges til at et eventuelt hjemmelgrunnlag ved samtykke ville ha medført muligheter for å undergrave formålet med bestemmelsen, ved at arbeidssøkere kunne ha følt stor grad av press for å gi sitt samtykke til innhenting av helseopplysninger.

Før den videre gjennomgangen av nødvendighetskriteriet kan det være formålstjenelig å gjengi spesifikt den delen av aml. § 9-3 som knytter seg til kriteriet:

⁵⁶ NOU 2004: 5 (kapittel 17.6.5.4) side 441, benevner kriteriet om nødvendighet som nødvendighetskriterium, og det vil derfor også i denne fremstillingen benyttes tilsvarende benevnning av vilkåret om nødvendighet i aml. § 9-3.

⁵⁷ NOU 2005: 4 (kapittel 17.6.5.4) side 441.

”Arbeidsgiveren må ikke... [innhente] ... andre helseopplysninger *enn dem som er nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen*” (uthevet her).

Med nødvendighetskriteriet innfører man en skranke om at det kun er de strengt saklige formål som kan begrunne at arbeidsgiveren skal kunne innhente informasjon om arbeidssøkerens helsetilstand.⁵⁸ Kriteriet medfører at arbeidsgiveren må foreta en helhetsvurdering, som innebærer at hun eller han må kunne argumentere for at behovet om kunnskap både er saklig og relevant i forhold til de arbeidsoppgaver som stillingen vil omfatte.

Lovbestemmelsen knytter nødvendigheten av kunnskap om helseopplysninger opp mot den enkelte stilling og de arbeidsoppgaver som arbeidssøkeren eventuelt skal utføre. Dette er svært lik den formuleringen som benyttes i arbeidsmiljøloven § 13-3, som oppstiller et unntak fra hva som ellers ville blitt ansett som diskriminering etter kapittel 13. I aml. § 13-3 er det, som tidligere påpekt, et vilkår om at innhenting av informasjonen må være ”nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke”. Som nevnt i kapittel 3.1, vil det på denne måten være en rettslig standard arbeidsgiveren står overfor ved vurderingen av hvilke helseopplysninger som kan innhentes. Standarden innebærer at det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, og hvilke helseopplysninger som er nødvendig vil dermed kunne variere.

Arbeidslivet består av en mengde ulike stillingstyper. Det kan deles opp i ulike hovedkategorier, slik som handel- og kontor-, industri-, helse- og omsorg, flyger-, militær-, restaurant- og serveringsstillinger m.fl. I praksis er det kun fantasien som setter en stopper for hvilke type stillingskategorier man har og kan få i fremtiden. Videre vil den type virksomhet som stillingskategoriene er tilknyttet kunne variere betydelig. For å nevne noen eksempler kan en tenke seg it-, offshore-, salgs-, pleie-, produksjons-, veldedighets- og foreningsvirksomheter. Som for

⁵⁸ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) (kapittel 12.6.4) side 148.

stillingskategoriene vil det kun være fantasien som setter begrensninger for hvilke typer virksomheter som eksisterer og kan komme til å eksistere i fremtiden.⁵⁹

Ved den nærmere grensedragningen av hvilke opplysninger som er *nødvendige*, vil helhetsvurderingen måtte foretas med utgangspunkt i de hovedhensyn som lovforarbeidene trekker frem. I det følgende skal det derfor redegjøres for hovedelementene i den avveiningen som arbeidsgiveren må foreta ved ansettelse av nye arbeidstakere. Samtidig understrekes det at de eksempler og vurderinger som trekkes frem underveis ikke er en uttømmende beskrivelse av hvilke momenter som kan innvirke på vurderingen. Det er som fremstillingen så langt har vist, et uendelig antall ansettelsessituasjoner som kan tenkes, og selv om hovedelementene stort sett kan være like, vil de ulike situasjoner som ansettelsesprosessen foretas i, kunne variere mye.

3.3.2 Hovedhensyn ved vurderingen av behovet for kunnskap

I forhold til hvilke arbeidsoppgaver som kan godtgjøre nødvendigheten av å innhente helseopplysninger, er det viktig å merke seg at det ikke kun gjelder de oppgaver som er aktuelle på ansettelsestidspunktet. Arbeidsgiveren har i kraft av sin styringsrett mulighet til å endre innholdet av arbeidsoppgavene innenfor visse rammer.⁶⁰ Det vil dermed være et visst spillerom for hvilke arbeidsoppgaver som tillegges betydning i avgjørelsen av hvilke helseopplysninger som kan innhentes, men det må antas at det må være naturlige oppgaver, slik at helt hypotetiske oppgaver ikke kan godtgjøre behovet for kunnskap om helsetilstanden til arbeidssøkeren. Videre er det slik, som ellers i arbeidsretten, at arbeidsgiveren ikke kan legge til grunn at behovet for informasjon skal ligge på et nivå som tilsier at man har kunnskaper om at arbeidssøkeren kommer til å utføre arbeidsoppgavene perfekt eller tilnærmet perfekt. Dette ligger implisitt i vilkåret om nødvendighet, hvor det oppstilles et krav om at det foretas en interesseavveining mellom

⁵⁹ Som det er nevnt i innledningen vil alle virksomheter som sysselsetter arbeidstakere omfattes av arbeidsmiljølovens regler, jfr. ovenfor kapittel 1.2.

⁶⁰ Rammene vil ikke redegjøres for i denne fremstillingen, men her kan det henvises til Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk-dommen), for en grundigere behandling av de hensyn arbeidsgiveren må avveie ved endring av arbeidsforholdet.

arbeidssøkeres og arbeidsgiveres behov. Det kan også antas at det er et utslag av en mer generell følge av et tverrpolitisk mål om full sysselsetting.

3.3.2.1 Saklighet og relevans

I helhetsvurderingen vil hensynet til arbeidsforholdets art som risikoaspektet, helseopplysningens sensitivitet osv. kunne komme inn som momenter i vurderingen av kontrolltiltakets saklighet og forholdmessighet.⁶¹ Samtidig er det slik at den vekt en arbeidsgiver konkret vil tillegge røykevaner, vil avhenge av den situasjonen ansettelsen skal foretas i, og på denne måten være utpreget skjønnsmessig. I forarbeidene er dette også fremhevet, ved at det uttales at ”skjønnsstemaet gis en så romslig fortolkning at arbeidsgiveres legitime behov blir ivaretatt”.⁶²

Et viktig moment i forhold til om arbeidsgiveren har saklig grunn til å innhente helseopplysninger – og i denne sammenheng om røykevanene – er skillet mellom arbeidstid og fritid. Høyesterett har så langt tilbake som i 1959 funnet at det er en forskjell i hvor langt arbeidsgiverens styringsrett går i forbindelse med arbeidstakeres fritid og arbeidstid.⁶³

Dommen er inntatt i Rt. 1959 side 900, og omhandler oppsigelse av en sveiser på et skipsverft. Oppsigelsen ble begrunnet fra arbeidsgiverens side med at sveiseren hadde påtatt seg ekstraarbeid for en konkurrerende oppdragsgiver. Høyesterett kom frem til at oppsigelsen var usaklig etter den da gjeldende arbeidsvernlov § 33 nr. 3 a. Begrunnelsen var i korte trekk at en arbeidstaker har adgang til å påta seg ekstraarbeid i sin fritid, når dette ikke går ut over arbeidstakerens prestasjoner for arbeidsgiveren. Saken gjelder oppsigelse, og har således ikke direkte relevans i forhold til ansettelsesprosessen. På den annen side er avgjørelsen tatt til inntekt for at det er et grunnleggende skille mellom hvor langt arbeidsgiverens styringsrett strekker seg i forholdet arbeidstid versus fritid. Det er ut fra dette avgjørelsen har relevans i forhold til hva som er saklig å legge til grunn ved behovet for kunnskap om røykevanene.

⁶¹ NOU 2004: 5 (kapittel 17.5.5.3) side 426.

⁶² Ot.prp nr. 49 (2004-2005) side 148.

⁶³ Rt. 1959 s. 900.

Stadfestingen av at det går et grunnleggende skille mellom arbeidstiden og fritiden må kunne tas til inntekt for at arbeidsgiveren ikke kan la det være et allment vilkår for ansettelse at arbeidssøkeren ikke røyker tobakk. Én ting er at arbeidsgiveren ikke ønsker å ha arbeidstakere som røyker tobakk i arbeidstiden, noe helt annen er det å pålegge arbeidstakere å ikke røyke i fritiden sin.⁶⁴ Dette utgangspunktet må imidlertid modifiseres i enkelte situasjoner. Det vil kunne være saklig å innhente opplysninger om og legge vekt på arbeidssøkeres røykevaner i fritiden. Her må det skilles mellom noen hovedtyper av situasjoner som kan oppstå. I den videre fremstillingen vil det ved å eksemplifisere noen tilfeller, fremheves hvilken helhetsvurdering som må foretas ved vurderingen om arbeidsgiveren har behov for kunnskap om røykevanene.

Hvis det er Kreftforeningen som foretar ansettelse av nye arbeidstakere, vil det kunne være nødvendig for arbeidsgiveren å vite hvilke holdninger arbeidssøkerne har til tobakksrøyking.⁶⁵ Det er allment kjent at Kreftforeningen har som *formål* å motvirke at unge mennesker begynner å røyke, og i tillegg jobber med å begrense røykevanene. Det vil således kunne legges til grunn for de stillinger som identifiserer arbeidsgiveren utad at det vil være innenfor saklighetens grenser å innhente opplysninger om arbeidssøkerens røykevaner. Arbeidsoppgavene til lederne vil ofte være å fremheve budskapet som foreningen driver med, nemlig bekjempelse av røykevaner. Spørsmålet er om det er saklig å kreve at arbeidstakerne uavhengig av hvilke stilling de skal ansettes i, må være røykefrie.⁶⁶ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) trekker i retning av at også andre arbeidstakere enn de som utad identifiseres med virksomheten, må kunne omfattes av muligheten til å innhente opplysninger om røykevanene. Her uttales det at det må ”gis en så romslig fortolkning at arbeidsgiveres legitime behov blir ivaretatt”.

⁶⁴ Som tidligere nevnt er det et særskilt spørsmål om arbeidsgiveren kan nekte arbeidstakere å røyke i arbeidstiden og på arbeidsstedet. Se note 3.

⁶⁵ Jfr. Jakhelln (2004) side 50.

⁶⁶ Jakhelln (2004) side 50 uttrykker seg slik at det er kun ledende stillinger eller andre som kan identifisere virksomheten utad som vil kunne påføres et vilkår om røykfrihet. Etter vedtakelsen av aml. § 9-3 – og under forutsetning om at tobakksrøyking er en helseopplysning – taler reelle hensyn for at det vil kunne kreves et vilkår i denne situasjonen også overfor andre enn kun lederen.

Det kan trekkes paralleller med situasjonen inntatt i Rt. 2000 s. 1800. Situasjonen som er oppe til avgjørelse, er at arbeidsgiveren (Romsdals Fellesbank ASA) har inntatt et bostedsvilkår ved ansettelsen av arbeidstakeren (engasjementsjef). Arbeidstakeren oppfyller ikke vilkåret og etter en stund blir derfor arbeidstakeren oppsagt. Høyesteretts uttalelse om vurderingen av bostedsvilkåret er interessant i forhold til saklighetsvurderingen som kan foretas av arbeidsgivers vilkårsetting. Her uttales det at ” *[det]skal atskillig til for at retten kan sette til side som urimelig en vurdering av denne art som en privat arbeidsgiver har foretatt, når vilkåret er klart presisert før arbeidsavtalen blir inngått*”.

Et annet eksempel på at arbeidsgiveren har en saklig grunn for å utestenge arbeidssøkende som røyker, er Varden barnehage i Tromsø. Barnehagen er per i dag tilrettelagt for barn med astma, allergi og eksem. På grunn av dette har arbeidsgiveren inntatt som et vilkår for ansettelse, at personalets hjem på lik linje med barnets hjem ”må være sanert for røyk” m.m.⁶⁷ Astmatikere kan som kjent reagere fysisk på tobakksrøyk, og det må i denne sammenhengen være klart at arbeidsgiveren kan sette som et saklig vilkår at den arbeidssøkende må være røykfri.⁶⁸ Dette særlig siden det er kjent at lukten av tobakk kan sette seg i klærne og huden til personer som røyker, og på denne måten kan skape fysiske problemer for barna i barnehagen. Arbeidstakeren vil her bare kunne utføre de arbeidsoppgaver som følger stillingen, i dette tilfelle ta vare på barna i barnehangen, hvis vedkommende er en ikke-røyker.

Et saklig hensyn av en annen type som kan fremheves, er hvor tobakksrøykende arbeidstakere vil være utsatt for en større grad av helsemessig risiko ved å arbeide i arbeidsgiverens virksomhet, enn tilfelle er for ikke-røykere. Falconbridge Nikkelverk AS, i Kristiansand, har vedtatt at de kun ansetter arbeidstakere som ikke røyker tobakk. Virksomheten produserer nikkelmetall. Det er ved forskning på forbindelsen mellom å bli eksponert for nikkelprodukter og bruk av tobakksrøyk, vist at det kan være en

⁶⁷ <http://www.tromso.kommune.no/index.db2?id=1027>

⁶⁸ Barnehagen er drevet i offentlig regi, og på den måten egentlig utenfor oppgavens omfang, jfr. kapittel 1.1. Eksemplet tas med for at denne type virksomheter også kan drives i privat regi.

sammenheng mellom disse faktorene og farene for utvikling av lungekreft.^{69 70} Når det på denne måten er påvist sannsynlighet for at det er helsemessig risiko for en bestemt kategori mennesker, nemlig tobakksrøykere, å utføre de arbeidsoppgavene stillingen medfører, kan det trekke i retning av at det er saklig for arbeidsgiveren å kunne vektlegge røykevanene. Arbeidsmiljølovens generelle krav til forsvarlig arbeidsmiljø vil her innebære at arbeidsgiveren velger å utelukke personer med røykevaner i ansettelsesprosessen. Arbeidsgiveren har som kjent ikke bare har en rett, men også en plikt og et ansvar for å påse at arbeidstakere ikke blir utsatt for et urimelig arbeidsmiljø, jfr. for eksempel aml. § 3-1, andre ledd bokstav c), jfr. bokstav f).

Avgjørelsen inntatt i Rt. 2000 s. 1614 kan her være et godt eksempel. Saken gjelder en barsjef som utvikler lungekreft. I korte trekk omhandler saken at arbeidstakeren er blitt utsatt for passiv røyking igjennom sitt arbeid i en bar. Samtidig har hun røyket tobakk daglig. Høyesterett legger til grunn at den passive røykingen har bidratt med minst 40 %, altså er det sannsynlighetsovervekt at barsjefens egen røykevane har bidratt til utviklingen av lungekreften. Likevel tilkjennes arbeidstakeren yrkesskadeforsikring. I forhold til den problemstilling som her drøftes kan det vise at arbeidsgiveren kan stilles økonomisk ansvarlig, via regressansvar fra forsikringsselskapet, hvis man ikke påser at arbeidsmiljøet er tilpasset den enkelte arbeidstaker. Det skal tillegges at sakens forløp er mer komplisert enn fremstillingen her viser. Like fullt er den informasjon som her er nevnt, tilstrekkelig for å få frem poenget om at arbeidsgiveren vil kunne pådra seg ansvar ved lignende tilfeller som dette, hvor det er en sammenheng mellom tobakksrøykingen og de farer som arbeidsmiljøet ved virksomheten innebærer.

Samtidig må det også her vurderes opp mot hvilken stilling som utlyses hos arbeidsgiveren. Kravet om nødvendighet må knyttes opp mot hvilke arbeidsoppgaver som skal utføres i virksomheten. At det kan være forbundet farer med tobakksrøyking i produksjonen for den som blir direkte utsatt for kontakt med nikkel, medfører ikke at det er saklig å legge vekt på røykevanene ved innhenting av arbeidskraft til stillinger i administrasjonen. Arbeidsgivere som Falconbridge vil på denne måten måtte vurdere

⁶⁹ Grimsrud (Exposure to Different forms of Nickel and Risk of Lung Cancer, 2002).

⁷⁰ Grimsrud (Lung cancer incidence among Norwegian nickel-refinery workers 1953-2000, 2003).

nyansert om man kan vektlegge og innhente røykevanene, alt etter hvilken type arbeidsforhold som skal etableres.

3.3.2.2 Graderingen av sensitiviteten ved helseopplysninger som skal innhentes

Et annet moment som bør trekkes frem i forhold til sakligheten ved behovet for kunnskap, er sensitiviteten av den opplysningen som ønskes innhentet. En kan legge til grunn som et rettslig utgangspunkt at desto mer sensitiv helseopplysningen er, desto mer tungtveiende behov for informasjonen vil arbeidsgiveren måtte vise til. Når dette er trukket frem, er det slik at selv særdeles sensitive opplysninger, som for eksempel opplysninger om HIV/AIDS, må kunne innhentes ved enkelte typer stillingskategorier. I dagens internasjonaliserte samfunn arbeider flere av virksomhetene som er knyttet til norsk territoriale i utstrakt grad også i andre land.

Både Statoil og Hydro er i disse dager i forhandlinger med russiske myndigheter om muligheten for å være med på utbygningen av det såkalte Stockman-feltet. Hvis et av disse selskapene skulle få tilslag, vil det med stor sannsynlighet innebære at norske arbeidstakere fra firmaet vil måtte arbeide over lengre perioder i Russland. Samtidig er det slik at for å få et såkalt *multivisum* – som er en forutsetning for å kunne arbeide over lengre tid i Russland – må man kunne fremvise en negativ HIV-test.⁷¹ Det vil her, hvis arbeidsgiveren skal innhente ny arbeidskraft, være et *nødvendig* behov å innhente opplysninger om resultatet av HIV-test, for at arbeidstakerne skal kunne utføre arbeidsoppgavene som følger av ansettelse på russisk territorium.

Ved en subjektiv oppfatning kan det være at enkelte personer oppfatter utlevering av røykevaner som sensitivt. Samtidig er det slik at det i forhold til vurderinger av hva som kan ansees som sensitivt i rettslig kontekst, vil måtte ligge en viss objektivitet til grunn. I det man som regel må handle tobakksprodukter over disken i butikken, vil det heller ikke i andre sammenhenger være problematisk å utlevere at man røyker. Slik sett kan en heller ikke hevde at det å røyke tobakk er sensitivt. I forlengelsen av dette vil hvilke røykevaner man har – det vil si hvor mye og til hvilke tider – også vanskelig rubriseres som sensitivt. Hva som er sensitivt er på den annen siden ikke endelig, og vil kunne skifte innhold etter

⁷¹ http://www.norway.mid.ru/webko/visa_e.html

som samfunnet endrer seg. Med den økende fokuseringen på tobakksrøyking som en usunn og uønsket vane, er det ikke utenkelig at det i fremtiden vil anses som en sensitiv opplysning å måtte utlevere røykevanene til andre.

3.4 Konklusjon

Omfanget av den faktiske bruken av helseopplysninger i arbeidslivet er vanskelig å stadfeste. Som Breisteinutvalget og Arbeidslivslovutvalget la til grunn, er det mye som tyder på at arbeidsgivere i den private sektor i økende grad benytter seg av helseopplysninger som en del av grunnlaget for avgjørelsen om hvem som skal ansettes. Redegjørelsen viser at det er grunn til å påpeke at rettsreglen i aml. § 9-3 medfører at arbeidsgivere må være nyansert ved benyttelsen av helsemessige opplysninger ved ansettelse. Det er også konkludert med at helseopplysningsbegrepet som benyttes i lovbestemmelsen heller tvilsomt omfatter selve bruken av tobakkprodukter og de røykevanene arbeidssøkeren har. Selv en analyse som foretas med utgangspunkt i den språklige sammenhengen begrepet helseopplysning er satt i, medfører at det er juridisk betenkelig å innfortolke begrepet til å omfatte røykevaner. Dermed vil innhenting av opplysninger om arbeidssøkeres røykevaner ikke være rammet av de begrensinger som lovbestemmelsen oppstiller vedrørende nødvendigheten av å innhente informasjonen. Opplysninger om røykevaner er med andre ord ut fra dagens lovtolkning ikke en helseopplysning etter arbeidsmiljøloven § 9-3.

Samtidig er det foretatt en redegjørelse av nødvendighetskriteriet oppstilt i arbeidsmiljøloven § 9-3, hvis det skulle bli vedtatt eller funnet at røykevaner ansees som en helseopplysning etter at spørsmålet har vært behandlet av domstolene. Ved gjennomgangen av kriteriet er det fremhevet at det klare utgangspunkt må være at hva arbeidssøkeren kommer til å fylle sin fritid med, ikke er arbeidsgiverens sak. Arbeidsgiveren kan på denne måten ikke i utgangspunktet – hvis man legger til grunn at røykevaner er en helseopplysning – innhente informasjon om røykevanene til arbeidssøkeren. På den annen side er det også vist at man i enkelte særlige tilfeller kan tenke seg at stillingen som skal besettes, er av en slik karakter at det forutsettes et behov

for kunnskap om arbeidssøkerens røykevaner. Her er det sondret mellom hensynet til arbeidsgiverens virksomhet, arbeidssøkerens stilling og helsemessige konsekvenser ved røyking i kombinasjon med arbeidsmiljøet ved arbeidsgiverens virksomhet. Det er viktig å fremheve at momentene som kan tenkes spille inn, ikke er uttømmende beskrevet, og at arbeidsgiveren er gitt et vidt skjønn for hvilke momenter som kan trekke i retning av at det er et nødvendig behov for kunnskap. Om arbeidsgiveren dermed kan godtgjøre et nødvendig behov for innhenting av røykevanene til arbeidssøkeren, må det vises tilbakeholdenhet med å overprøve den nærmere vurderingen av hvor nødvendig informasjonen faktisk er. Dette vil være i tråd med det Høyesterett har gjort i forhold til andre vilkår inntatt av arbeidsgiveren forut for inngåelsen av arbeidsavtalen, jfr. avgjørelsen inntatt i Rt. 2000 s. 1800. Det er ikke nødvendig å innhente opplysninger om røykevanene generelt, men kan være det med hensyn til spesielle stillinger.

4 Avsluttende kommentarer

4.1 Oppsummering av gjeldende rett

I denne fremstillingen har spørsmålet om arbeidsgivere kan innhente opplysninger om arbeidssøkeres røykevaner i ansettelsesprosessen, blitt behandlet. Som en del av oppgavens avgrensning, er spørsmålet kun behandlet i sammenheng med arbeidsmiljøloven §§ 9-3 og 13-4. I forhold til arbeidsmiljøloven § 13-4, som er en del av diskrimineringsvernet, er det vist at det vanskelig kan innfortolkes et forbud etter diskrimineringsbestemmelsene mot at arbeidsgivere utelukker tobakksrøykere. Videre fremgår det av redegjørelsen av aml. § 9-3 at det er høyst usikkert – sågar tvilsomt – om tobakksrøyking omfattes av helseopplysningsbegrepet. På denne måten vil ikke røykevaner være en vernet opplysning etter aml. § 9-3, som arbeidsgiveren må godgjøre at de har et nødvendig behov for. Private arbeidsgivere har i utgangspunktet en rett til å avgjøre hvem som skal ansettes – i henhold til sin styringsrett – og en må derfor måtte være tilbakeholden med å innfortolke et forbud som ikke klart inngår i lovens omfang.

På den annen side er det mye som tyder på at mange av de arbeidsgiverne som i dag benytter seg av et vilkår om at arbeidssøkere må være ikke-røykere, ikke fastsetter vilkåret ut fra at de har et tungtveiende og spesielt hensyn å ivareta. Intensjonen til lovgiver er at flest mulig skal ut i arbeid, og at det ikke er flere, men færre grupper som skal utelukkes fra arbeidslivet. Ut fra dette burde arbeidsgivere være tilbakeholdne med å utestenge arbeidssøkere kun på grunn av røykevaner. Når Høyesterett har utarbeidet normer som innebærer at arbeidsgiveren bør legge til grunn en saklighetsnorm ved utøvelse av styringsretten, skal arbeidsgivere være forsiktig med å sette vilkår som kan ansees som usaklig. Det er i fremstillingen stilt spørsmål om allmenne saklighetsnormer anvendt av Høyesterett også gjelder den styringsretten arbeidsgiveren benytter i

ansettelsesprosessen. Dagens rettstilstand gir ingen klar identifikasjon om hvorvidt så er tilfelle. Det er i teorien trukket frem at det gjelder et saklighetsprinsipp også ved ansettelse av nye arbeidstakere, og dette gir på mange måter den beste rettsreglen. Om Høyesterett anser likeledes er vanskelig å forutse, men i forhold til den stadige utvidelsen av anvendelsen av allmenne saklighetsnormene som er foretatt, vil dette ikke være utenkelig. Det vil i så fall være i god tråd med lovgivers vilje, om en lar saklighetsnormene også influere på arbeidsgiverens styringsrett ved ansettelse. Samtidig er det vist at de ulovfestede saklighetsnormene – hvis de gjelder ved ansettelsesprosessen – heller tvilsomt kan innebære en innskrenkning som medfører at det er usaklig å tillegge røykevanene betydning ved ansettelse.

4.2 Hva bør fremtiden bringe?

Det kan avslutningsvis være på sin plass å kommentere hvilke muligheter det per i dag er for å kunne innskrenke arbeidsgiveres mulighet til å legge vekt på arbeidssøkeres røykevaner. Som det er nevnt, kan det ved hjemmel i arbeidsmiljøloven § 9-3, annet ledd, vedtas som forskrift hvilke helseopplysninger som kan innhentes etter loven. Etter å ha vært i kontakt med Arbeids- og Inkluderingsdepartementet kan det legges til grunn at det per dags dato ikke er på trappene å få vedtatt noen utfyllende bestemmelser etter aml. § 9-3, annet ledd. Samtidig er det klart at praksisen med å ikke ansette arbeidstakere som røyker, ikke er i tråd med lovgivers intensjon. På bakgrunn av dette, og for å skape klarhet i regelverket for hva som kan ansees som en helseopplysning, er det etter min mening gode grunner for å forskriftfeste utfyllende bestemmelser for hva som er en helseopplysning – og i den forbindelse vedta at røykevaner etter arbeidsmiljølovens regler omfattes av helseopplysningsbegrepet. På denne måten vil kun arbeidsgiverne som har et nødvendig behov for å vektlegge arbeidstakeres røykevaner, ha tilgang til å utestenge arbeidssøkere som røyker tobakk. Dette vil også være i tråd med lovgivers vilje – å inkludere flest mulig i arbeidslivet.

5 Litteraturliste og kilder

- Andenæs (1997) Mads Henry Andenæs. *Rettskildelære*. Oslo, 1997.
- Backer (2002) Inge Lorange Backer. *Innføring i naturressurs og miljørett*. 4. Utg. Oslo, 2002.
- Dege (2003) Jan Tormod Dege. *Arbeidsrett*. Oslo, 2003.
- Eckhoff (2001) Torstein Eckhoff. *Rettskildelære*. Redigert av Jan. E. Helgesen. 5. Utg. Oslo, 2001.
- Ertzaas (2004) Ulf Ertzaas, i samarbeid med Kari Bergeius Andersen og Henning Jakhelln. *Arbeidsrettslig håndbok*. Kristiansand, 2004.
- Evju (2003) Stein Evju. "Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv". I: *Arbeidsrett og arbeidsliv*. Bind 1 2003, side 3 flg.
- Fanebust (1997) Arne Fanebust. *Innføring i Arbeidsrett*. Oslo, 1997
- Gisle (1999) Jon Gisle, Kristian Andenæs, Jan Fridthjof Bernt, Thor Falkanger, Arnhild Dordi Gjønnnes, Magnus Matningsdal og Magnus Aarbakke. *Jusleksikon*. Oslo, 1999.

- Grimsrud (2002) Tom K. Grimsrud, Steinar R. Berge, Tor Haldorsen og Aage Andersen. "Exposure to Different Forms of Nickel and Risk of Lung Cancer". I: *American Journal of Epidemiology*, 2002, side 1123-1132.
- Grimsrud (2003) Tom K. Grimsrud, Steinar R. Berge, Jan Ivar Martinsen og Aage Andersen. "Lung Cancer incidence among Norwegian nickel-refinery workers 1953-2000". I: *J. Environ. Monit.*, 2003, 5, 190-197.
- Jakhelln (1982) Henning Jakhelln. "Tobakksrøking og arbeidsmiljølovens bestemmelser". I: *Institutt for offentlig retts skriftserie* nr. 1/83.
- Jakhelln (2004) Henning Jakhelln. *Oversikt over arbeidsretten*. 3. Utg. Oslo, 2004
- Kjønstad (2004) Asbjørn Kjønstad. "Er det en menneskerett å røyke tobakk?" I: *Kritisk juss* 2004. Oslo, 2004
- Smith (1981) Eivind Smith. "Lovlige og ulovlige hensyn ved ansettelse av offentlige tjenestemenn". I: *Lov og Rett* 1981, side 275 flg.

LOVREGISTER

Arbeidsmarkedsloven	Lov om arbeidsmarkedstjenester. 10. desember 2004 nr. 76
Arbeidsmiljøloven	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. 17. juni 2005 nr 62
Diskrimineringsloven	Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. 3. juni 2005 nr. 33
Grunnloven	Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814
Helseregisterloven	Lov om helseregister og behandling av helseopplysninger. 18. mai 2001 nr. 24
Likestillingsloven	Lov om likestilling mellom kjønnene. 9. juni 1978 nr. 45
Personopplysningsloven	Lov om behandling av personopplysninger. 14. mai 2000 nr. 31
Tobakkskadeloven	Lov om vern mot tobakksskader. 9. mars 1973 nr. 14

FORARBEIDER

Norges Offentlige utredninger

NOU 2001: 4	Helseopplysninger i arbeidslivet
NOU 2003: 2	Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet
NOU 2004: 5	Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp. nr. 23 (2002-2003)	Om lov om endringer i lov 9. mars 1973 nr. 14 om vern mot tobakksskader (Røykfrie serveringssteder)
Ot.prp. nr. 5 (1999-2000)	Om lov om helseregistre og behandling av helseopplysninger (helseregisterloven)

Innstilling Odelstinget

Innst.O. nr. 100 (2004-2005)	Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
------------------------------	--

Beslutning Odelstinget

Besl.O. nr. 96 (2004-2005)	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
----------------------------	--

RETTSPRAKSIS

Rt. 2003 s. 1546

Rt. 2001 s. 418 (Kårstø-dommen)

Rt. 2000 s. 1800

Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk-dommen)

Rt. 1990 s. 903

Rt. 1986 s. 1250 (Diakonhjemmet Sosialhøgskole-dommen)

Rt. 1959 s. 900